الدكتور السيد صالح عوض
الأستاذ المساعد بكلية الشريعة
جامعة الأزهر

أثر العرف في التشريع الإسلامي

الناشر
دار الكتاب الجامعي
٨ سليمان الحلبي — التوفيقية — القاهرة
ت ٧٥٢٢٢٨

المطبعة العالمية ١٦، ٢٧ شارع ضريح سعد بالقاهرة

بسم الله الرحمن الرحيم

ألم يأن للذين آمنوا أن تخشع قلوبهم لذكر الله وما نزل من الحق ، ولا يكونوا كالذين أوتوا الكتاب من قبل فطال عليهم الأمد فقست قلوبهم وكثير منهم فاسقون »

« صدق الله العظيم »

سورة الحديد « ١٦ »

الإهداء

اللهم منك وإليك

ثم إلى كل من يهمه صلاح المجتمع ؛ وسيره على الطريق السوى ، ومن يعمل على تطبيق الشريعة الإسلامية من حاكم ومحكوم .

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على النبي الأمين والرسول الكريم سيدنا محمد – صلى الله عليه وسلم – المبعوث رحمة للعالمين وكافة للناس بشيراً ونذيراً ليخرج الناس من الظلمات إلى النور بإذن ربهم إلى صراط العزيز الحميد .

وبعد :

فهذا بحث « أثر العرف فى التشريع الإسلامى » أقدمه للطبع وإخراجه إلى من يعنون بدراسة الفقه الإسلامى ، والذين يدعون إلى تطبيق الشريعة الإسلامية لتحل محل القوانين الوضعية والتى بان قصورها وظهر عدم وفائها بما يحتاجه المجتمع من تشريع ، ولعلنى بهذا البحث المتواضع أساهم بشىء يسير وجزء قليل فى هذا المضمار ابتغاء وجه الله سبحانه وتعالى .

وهذا البحث قد تقدمت به إلى كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر الشريف للحصول على درجة الدكتوراه وقد نوقش فى يوم الأربعاء الموافق ١٤ من شهر جمادى الآخرة سنة ١٣٨٩ هـ – ٢٧ أغسطس سنة ١٩٦٩ م وحصلت به على درجة الدكتوراه مع مرتبة الشرف الأولى .

وقد أشرف على هذا البحث الأستاذ النابه العلامة صاحب الخلق الفاضل والعقل الواعى والبصيرة النيرة الذى أعترف له بالفضل ، وأكن له التقدير والاحترام فضيلة الأستاذ الشيخ « عثمان أحمد مريزوق » رئيس قسم أصول الفقه بكلية الشريعة والقانون آنذاك (١) .

---

(١) إن فضيلته الآن أستاذ أصول الفقه بالدراسات العليا بكلية الشريعة بمكة المكرمة .

وهو الأستاذ الذى عرفه تلاميذه بتحقيقه العلمى وأصالته الفكرية فى سمت العلماء وسلوك الصالحين مع التواضع الجم والنزاهة الحقة والترفع عن الدنايا حتى رفع نفسه وأغلاها ، مع بذله العلم لطلبته صغاراً كانوا هم أو كباراً فى عطاء سخى ونفس رضية معلماً وناصحاً وموجهاً فى وعى العلماء وحنان الآباء . فجزاه الله خيراً ومد فى عمره وبارك له فى صحته إنه سميع الدعاء .

هذا : ولا أذكر شيئاً أصف به هذا البحث سوى ما ذكره أساتذتى الأفاضل الأجلاء الذين ناقشوه(١) :

كلمة فضيلة الأستاذ عثمان مريزق :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وآله وأصحابه أجمعين .

وبعـد :

فإن الباحث ، السيد صالح عوض قدم بحثه « أثر العرف فى التشريع الإسلامى » لنيل شهادة العالمية « الدكتوراه » .

أما البحث فقد مهد له بمقدمة آخذة من موضوع البحث بسبب ، وعقد للبحث أبواباً ستة وخاتمة ، تناول فيه العرف ، تعريفاً ، وتقسيماً ، ومناطاً ، وتفريعاً واعتباراً ، وإلغاء ، محققاً فى ذلك كله ما وسعه الجهد غير مقلد ولا متبع . ثم إن البحث قد يقبل المناقشة فى بعض موضوعاته ، ولكن ذلك شأن كل بحث ، وطبيعة الفكر البشرى .

---

(١) ترتيب الأسماء فيما يأتى باعتبار مناقشة كل من الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة للبحث.

فما من كاتب كتب إلا ونوقش فيما كتب ، بيد أن ذلك لا يضير وإنما يضير الكاتب قصور كان عليه أن يتخطاه ، أو تقصير كان عليه أن يتلافاه ، أو خطأ تعمد تصويبه أو صواب تعمد تخطئته .

وأما الباحث نفسه فقد عرفته فى كلية الشريعة والقانون ، وعرفته فى أقسام الدراسات العليا ، مثالا للعمل الدائب يتحرى ويتقصى فى سمت عال وجهد الباحث ، ثم هو بعد هذا وذاك له دين يمنعه من الزيغ والزلل » .

كلمة فضيلة الشيخ محمد على السايس — رحمه الله تعالى :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين وآله وصحبه أجمعين .

من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فما له من هاد ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا .

وبعد :

لا يفوتنى قبل أن أبدأ المناقشة : أن أعلن إعجابى الشامل بهذه الرسالة فإن الباحث قد بذل فيها مجهوداً شاقاً مضنياً ، واطلع على مراجع عديدة للقدماء والمحدثين ، واطلع اطلاعاً حقيقياً واستفاد منها استفادة واضحة ، والمصادر التى ذكرها فى آخر كتابه لم ينسخها نسخاً من الفهارس فى المكاتب ، وإنما فى الواقع من يقرأ هذه الرسالة يجد أنه استفاد بكل مرجع من هذه المراجع ، ونقل عنها نقلا صحيحاً .

وتمتاز هذه الرسالة فوق الاستيعاب والشمول بسهولة العبارة حتى أنى لأعتبرها من السهل الممتنع .

تصوروا : أن هذا السفر الضخم ، هذا الكتاب الضخم الذى يشتمل على نحو خمسمائة صفحة من القطع الكبيرة استوعبتها فيما لا يزيد عن ثلاثة أيام مع الاستراحات وغيرها، أى ليست ثلاثة أيام متتابعة، استوعبتها نظراً لسهولة العبارة ونظراً لجودة التعبير وحسن الأداء .

وقال فضيلة الشيخ محمد أبو زهره — رحمه الله تعالى عند بدء مناقشته: « الاحظ على الرسالة ما لاحظه أخى الأستاذ السايس من أنها تدل على مجهود شاق وعلى استقصاء واستقراء، ومبالغة فى الاستقصاء والاستقراء، ولا شك أن الرسالة اشتملت على تحقيقات جيدة » .

وقال فضيلة أستاذى الشيخ مصطفى عبد الخالق — مد الله فى عمره — عند بدء مناقشته : « هذه الرسالة فيها من المحاسن ما تكلم عنه الأستاذان الجليلان » .

* * *

وإنى لأسجل هنا تقديرى واعتزازى بما ذكره أساتذتى الأفاضل جزاهم الله خيراً فى الدنيا والآخرة .

د / السيد صالح عوض محمد النجار

القاهرة فى يوم الاثنين غرة شهر ربيع الأول ١٣٩٩ هـ
٢٩ يناير ١٩٧٩ م

تمهيد

إن البحث فى موضوع «أثر العرف فى التشريع الإسلامى» قصدت به إظهار أصالة الشريعة ومرونتها وقبولها للحكم فى كل أمور الحياة المتطورة المتجددة إذا أحسن تطبيقها لأن كثيراً من الدارسين للفقه الإسلامى دراسة غير منصفة، والذين لم يدرسوه يزعمون أن التشريع الإسلامى غير صالح لمسايرة التطور الاجتماعى، وأنه وإن حكم المجتمع الإسلامى فى دور البداوة فليس بصالح الآن فى عصر المدنية الحديثة.

ومن ثم فالتشريع الوضعى فى نظر هؤلاء لا تستطيع الشريعة أن تحكم فيما يحكم فيه، وحينئذ فلابد من الالتجاء إليه. وهذا زعم باطل ينم عن قصور المعرفة وقلة الإدراك لما جاءت به الشريعة الإسلامية.

هذا والدارس للفقه الإسلامى دراسة ممحصة ثم منصفة يتبين له وفاء التشريع الإسلامى بمصالح المجتمع فى مختلف عصوره وأزمانه، مع الشمول والمرونة والوضوح لأنه من عند الله الذى يعلم مصالح عباده على الوجه الذى يحققها، يفصل فى كل دعوى ويحكم فى كل قضية وحادثة ويطب لكل داء.

ومهما تطور الزمن واختلفت ألوان الحياة وتشعبت مذاهبها ومسالكها فإن الاسلام بمبادئه التشريعية الممثلة فى الفقه الاسلامى وأصوله تتضاءل دونه الشرائع الوضعية. فالمسلمون بشريعتهم وفقهم فى غنى عن استيراد شرائع من صنع البشر دائماً لا تتوائم مع بيئتهم وعقيدتهم ومصالحهم، لأنها قد أحاط بها من القصور ما يجعلها لا تفى بما يريدون من حياة سعيدة آمنة مستقرة.

والفقه الإسلامى قد عمل فى جميع المجالات فى مرونة وشمول يوم أن كانت له السيطرة على الحياة التشريعية ولم يعرف الجمود أو التوقف عن وضع الحلول والأحكام فى أى زمان أو أى مكان لأن الاسلام من طبيعته وأصوله قدرة على مواجهة تطور الحياة الاجتماعية ، وقبولا للتطبيق العملى .

وقد تتبعت بفضل الله تعالى مواضع هذا البحث بين ما خلفه الفقهاء المسلمون - رضى الله عنهم - من ثروة فقهية وتشريعية ضخمة ما أحوجنا - وقد أعيتنا المشاكل - إلى الانتفاع بها بل ما أحوج العالم كله إلى الاستفادة بنورها والسير على منهاجها حتى يجد الحلول لمشاكله وما يموج فيه من فتن واضطرابات .

وهذه الرسالة أمام القارىء خطوة على طريق البحث الشامل عن منابع الثروة التشريعية فى الفقه الإسلامى المعظم ، الذى مازال الكثير من مخطوطاته وتراثه لم ير النور بعد ،ولو أخرج للناس لملأ الدنيا علماً ووجدوا فيه الغنية والكفاية لما يحتاجونه لتحقيق مصالحهم .

وقد حاولت جاهداً أن يخرج هذا البحث وقد اكتملت صورته بعد الجمع والتمحيص والاستنباط عارضاً فى جلاء ووضوح نظرية العرف فى الفقه الإسلامى ، ضبطت أصولها وقواعدها مع ذكر كثير من الفروع الفقهية كدراسة تطبيقية حتى يتبين كيف طبقت الفروع على أصول هذه النظرية ومنها يتبين كيف تطبق أحكام الشريعة الاسلامية ، كما تبين من ذلك كله كيف كان للعرف وقاعدته أثر فى أبواب الفقه المختلفة .

وقد استخلصت هذه القواعد والأصول من كثير من كتب الفقه الإسلامى وأصوله دون التقيد بمذهب معين ، لأن دراسة أية نظرية فى الفقه الإسلامى دراسة مذهبية لا تخرجها على صورة واضحة ، فتجنبت

الدراسة المذهبية حتى أستطيع إعطاء القارىء لهذا البحث صورة واضحة عن « أثر العرف فى التشريع الإسلامى » فى شكله العام ، وهو لفتة علمية على طريق البحث فى الفقه الاسلامى تبين مدى صلاحيته لكفالة الإصلاح الاجتماعى .

وقد بذلت فى تتبعى لمواضع البحث فى مظانه جهداً ومشقة ما ألوت ولا فترت حتى خرج على الصورة التى أعرضها .

ولعلى بهذا أكون قد أصبت شيئاً من التوفيق والكمال لله وحده وفوق كل ذى علم عليم ، والله سبحانه وتعالى هو الهادى إلى سبيل الرشاد .

خطة البحث :

اشتمل هذا البحث على مقدمة وستة أبواب وخاتمة .

أما المقدمة : فقد احتوت :

(١) بيان حاجة الناس إلى تشريع يحقق مصالحهم .
(١) وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة .

الباب الأول ويشمل الآتى :

(١) تعريف العرف والعادة فى اللغة .

(٢) تعريف العرف والعادة عند الفقهاء .

(٣) تعريف العرف والعادة عند علماء القانون .

(٤) الفرق بين العرف والعادة .

(٥) العرف بين الحقيقة والمجاز .

(٦) الفرق بين العرف والتقليد .
(٧) سلطان العرف والعادة فى المجتمع .

الباب الثانى فى تقسيم العرف ويشمل الآتى :

(١) العرف الثابت والمتبدل .
(٢) العرف القولى والعملى .
(٣) العرف العام والخاص .
(٤) العرف الشرعى .
(٥) العرف الصحيح للفاسد .

الباب الثالث : فى اعتبار العرف فى التشريع ويشمل الآتى :

(١) بيان معنى إعتبار العرف فى التشريع .
(٢) أدلة اعتبار العرف فى التشريع .
(٣) شروط العرف المعتبر فى التشريع .

الباب الرابع فى مدى اعتبار العرف فى التشريع ويشمل الآتى :

(١) العرف ومصادر التشريع .
(٢) العرف وأقسام التشريع .
(٣) العرف الذى تحمل عليه الألفاظ .
(٤) العرف وتخصيص العام .
(٥) العرف وتقييد المطلق .
(٦) العرف والإجماع .
(٧) العرف والقياس .
(٨) العرف والإستحسان .
(٩) العرف والمصلحة .

(١٠) العرف والاستصحاب .
(١١) العرف وسد الذرائع .

الباب الخامس في العرف وقواعد الفقه ويشمل الآتى :

(١) العرف وقواعد الفقه .
(٢) العرف والقواعد التى يمكن أن يرد إليها .
(٣) هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ، وما مجال هذه القاعدة ؟

الباب السادس في العرف واختلاف الفقهاء ويشمل الآتى :

(١) هل كان للعرف أثر فى اختلاف الفقهاء .
(٢) هل كان للعرف أثر فى انتقال الإمام الشافعى ـ رضى الله عنه ـ من المذهب القديم إلى المذهب الجديد ؟

الخاتمة : بينت فيها نتيجة البحث .

القاهرة فى عام ١٣٨٩ هـ — ١٩٦٩م

المؤلف

مقدمة البحث

وتشمل :

١ — بيان حاجة الناس إلى تشريع يحقق مصالحهم :

٢ — وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة .

الناس بطبيعتهم فى حاجة إلى تشريع يحدد علاقاتهم ويبين لهم حقوقهم وواجباتهم ويحد من أنانيتهم ، وينظم صلاتهم والتزاماتهم لأن الإنسان خلق وفى دمه دافع يدفعه إلى العيش فى جماعة ، لأنه لا يستطيع أن يعيش منفرداً. فهو كائن اجتماعى أو مدنى بطبعه وإذا كانت الجماعة ضرورية لحياة الإنسان فإن التشريع أو القانون لازم لقيامها إذ لا يمكن قيام جماعة من غير قانون . فالجماعة كما عرفها علماء الاجتماع هى :

الهيئة المنظمة من الأفراد

فالنظام ركن فيها لا تقوم بغير توافره ، ومعناه: أن تسير الأمور على وجه مطرد ومستقر ثابت ، حتى لا يصبح الأمر فوضى بين الناس ، يأخذ القوى كل ما يريد بقوته ، ولا يجد الضعيف كل ما يحتاج لضعفه ، وبخاصة إذا ما سيطر على النفس البشرية الأثرة وحب الذات ، أو اندفعت تحت تأثير غرائزها وميولها ، ولذا : فإن حقوق الأفراد وحرياتهم تتأثر تأثراً كبيراً بهذه الدوافع ، وإذا ترك كل إنسان وشأنه لاضطربت الحياة ونهض الباطل مكان الحق والأنانية مكان المساواة فلا عدل إلا ما كان لنفع ذاتى ولا خير إلا فيما وافق الهوى ، ولا حساب لشىء بعد هذا ، طال الزمن أو قصر .

ذلك بجمل الوصف فيما تكون عليه الحياة ، لو تجردت عن القيود وعريت عن الفضائل والآداب وهو فيما يتضح : انتقاض على الفطرة التى ربطت الناس بعضهم ببعض فى مضمار الحياة ، وقطع للعلاقات الإنسانية ، والروابط الاجتماعية التى قامت بين الناس منذ خلقهم الله تعالى من ذكر وأنثى ، وجعلهم شعوباً وقبائل ليتعارفوا .

ولذا : كان لا بد من وجود نظام يحدد علاقات الأفراد بعضهم ببعض ويجب على الجميع احترامه ، حتى يستقيم أمر المجتمع إذا ما نزل الناس على سنن التشريع ، لأن اتباع الهوى والانقياد له عمل مذموم لا يعود بخير على الفرد كما لا يعود بخير على الجماعة وقد بين القرآن الكريم ، أن اتباع الهوى مضاد للحق ، قال الله تعالى : « فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله »(١) . وقال تعالى « ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن »(٢) . وغير ذلك من الآيات التى ذكر فيها الهوى فى معرض الذم ، وفى مقابلة الحق الواجب الإتباع وهو ما شرع الله تعالى لعباده ، قال الله تعالى : « وبالحق أنزلناه وبالحق نزل »(٣) . وإذا كان ما أنزله الله تعالى هو الحق فما عداه هو الضلال ، قال الله تعالى : « فماذا بعد الحق إلا الضلال » . وقال ابن القيم — رحمه الله تعالى(٤) — « احذروا من الناس صنفين : صاحب هوى فتنه هواه ، وصاحب دنيا أعجبته دنياه » .

وذكر الإمام الشاطبى — رحمه الله تعالى(٥) — :

« إن الشريعة جاءت لتخرج المكلفين من دواعى أهوائهم حتى يكونوا عباد الله اختياراً كما هم عباد له اضطراراً » .

ويقول الشيخ محمد عبده — رحمه الله تعالى(٦) — :

---

(١) سورة ص ٢٦ (٢) سورة المؤمنون ٧١ (٣) سورة الإسراء ١٠٥

(٤) أعلام الموقعين جـ ١ ص ١٣٧ (٥) الموافقات جـ ١ ص ١٨

(٦) رسالة التوحيد ص ٤٨

« الناس متفقون على أن من الأعمال ما هو نافع ومنها ما هو ضار ، وبعبارة أخرى منها ما هو حسن ومنها ما هو قبيح ، ومن عقلائهم وأهل النظر الصحيح والمزاج المعتدل فيهم من يمكنه إصابة وجه الحق فى معرفة ذلك ، ومتفقون كذلك على أن الحسن ما كان أدوم فائدة وإن كان مؤلماً فى الحال ،وأن القبيح ما جر إلى فساد فى النظام الخاص بالشخص أوالشامل له ولمن يتصل به وإن عظمت لذته الحاضرة ، ولكنهم يختلفون فى النظر إلى كل عمل بعينه اختلافهم فى أمزجتهم وسجيتهم ومناشئهم ، وجميع ما يكتنف بهم . فلذلك ضربوا إلى الشر فى كل وجه ، وكل يظن أنه إنما يطلب نافعاً ، فالعقل البشرى وحده ليس فى استطاعته أن يبلغ بصاحبه ما فيه سعادته فى هذه الحياة » .

وقال أيضاً : « لهذا كان العقل البشرى محتاجاً فى قيادة القوى الإدراكية والبدنية إلى ما هو خير له فى الحياتين وإلى معين وذلك المعين هو النبى — صلى الله عليه وسلم » .

وقد وجد أنه كان لكل مجتمع مهما كانت درجته من الحضارة والرقى الفكرى والعملى قواعد قانونية يسير الأفراد عليها فى معاملاتهم وتصرفاتهم وكذلك قواعد تنظم الأسرة كالزواج ونحوه ، وفى علاج جرائم المجتمع بوضع العقوبات الزاجرة عنها الرادعة لمن يقترف شيئاً منها ، وفى غير هذا من شئون الحياة ولم تترك هذه الأمور فى أى مجتمع فوضى تنظم حسب رغبة الأفراد .

وقد قال أحد الفلاسفة الغربيين(١) : « حيث يملك الكل فعل ما يشاءون لا يملك أحد فعل ما يشاء وحيث لا سيد فالكل سيد ، وحيث الكل سيد

---

(١) المدخل للقانون الدكتور حسن كيره ص ٧

فالكل عبيد » . وتلك حال لا يتصور أن تكون ، وإن كانت فهى لا تدوم إذ ينتهى الأمر إلى أن يكون الحكم للقوة تقضى فى الضعفاء بما تشاء .

وقد كان من حكمة الله العليم الحكيم أن صاحبت هدايته الانسان منذ خلقه الله تعالى وهبط آدم إلى الأرض وتتابع مجيء الرسل عليهم الصلاة والسلام ـ يبلغون هداية الله للناس ، ولم يكل الله تعالى الانسان إلى عقله ، لأن العقل البشرى ، وإن كان يدرك بعض المصالح ، فان له غاية يقف عندها ، وكثيراً ما يعجز عن إدراك غايته ، وما ينتهى إليه لا يناله إلا بعد جهد كبير . وكأين من مرة يضل السبيل وتأخذه الحيرة ، ولذا كان من رحمة الله تعالى أن جعل الرسل عليهم السلام هم الحجة بينه وبين خلقه ، قال الله تعالى : « رسلا مبشرين ومنذرين لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل »(١) .

هذه هى سنة الله تعالى فى التشريع من عهد آدم حتى خاتم الأنبياء محمد ﷺ الذى أرسله الله تعالى للناس جميعاً بشريعته التى ختمت الشرائع السماوية ولذا كانت مقرراتها ثابتة ونهائية لا يدركها النسخ ولا التبديل ، وقد كان الرسل ـ عليهم السلام ـ يبشرون بظهوره ويأخذون الميثاق على أممهم ليؤمنوا به ، بل أخذ الله تعالى الميثاق على الأنبياء ليؤمنوا به لو أدركوه ، قال الله تعالى : « وإذ أخذ الله ميثاق النبيين لما آتيتكم من كتاب وحكمة ثم جاءكم رسول مصدق لما معكم لتؤمنن به ولتنصرنه قال : أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصرى ، قالوا : أقررنا . قال : فاشهدوا وأنا معكم من الشاهدين فمن تولى بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون » اهـ(٢) .
وروى عن على بن أبى طالب وابن عباس رضى الله عنهم : « ما بعث الله نبياً من الأنبياء إلا أخذ الله عليه الميثاق لئن بعث الله محمداً ﷺ وهو حى ليؤمنن به ولينصرنه » .

---

(١) سورة النساء ١٦٥ (٢) سورة آل عمران ٨١ ، ٨٢

وفى حديث جابر بن عبد الله — رضى الله عنه — الذى رواه الإمام أحمد، قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « لو أن موسى كان حياً لما وسعه إلا أن يتبعنى ». وفى معناه « لو كان موسى وعيسى حيين لما وسعهما إلا اتباعى ».

٢ — وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة :

لقد سلف أن الشريعة الإسلامية جاءت مقرراتها ثابتة لأنها الشريعة الخالدة الباقية إلى يوم القيامة لا يطرأ عليها نسخ ولا تغيير.

وإذا كان الأمر كذلك فلابد أن تكون الشريعة الإسلامية وافية شاملة لجميع الأحكام والقوانين التى تحتاج إليها الأمم فى تدبير شئونها وتنظيم حياتها صالحة لمسايرة الحياة المتطورة المتغيرة فى تقدمها ورقيها مهما اختلفت المصالح باختلاف الأزمان والبيئات فتحقق لهم السعادة وتكفل الأمن والسلام للبشر جميعاً.

١ — وقد جاءت نصوص القرآن الكريم مجملة فى غالب أحكامها، ولم تخض فى التفريعات والتفصيل لتكون أحكام الشريعة أدنى إلى الفهم وأبقى على الزمن، وكان شأنه إيراد القواعد العامة والأحكام المجملة التى لابد منها فى كل قانون أو نظام يهدف إلى تحقيق المصالح للناس كافة، وكذلك بينت ما يلزم لحفظ الضروريات التى لم تأت الشرائع السماوية إلا لخدمتها والمحافظة عليها.

٢ — وجاءت السنة النبوية المطهرة لتبين ما أجمله القرآن وتفصله، وتكمل وتعلل ما جاء به من تشريع، وقد بين النبى — صلى الله عليه وسلم — بأقواله وأعماله أحكام ما كان يعرض للناس فى أسلوب يفهمونه ويعقلونه،

« وما ينطق عن الهوى إن هو إلا وحى يوحى »(١) .

٣ — وقد وضع الكتاب والسنة أحكاماً للحوادث التى تقتضيها حاجات العصر الذى كان فيه النبى ﷺ . كما وضعت أحكام لبعض الجزئيات التى لا تختلف باختلاف العصور والجماعات .

ووضعت أصول الشريعة وقواعدها وترك الأمر بعد ذلك لبيان أحكام مايجد من حوادث ووقائع إلى أهل الاستنباط . وقد جاء فى ذلك ماروى أن رسول الله ﷺ . قال لمعاذ بن جبل حين بعثه قاضياً إلى اليمن :

بم تقضى إذا عرض لك قضاء؟ قال : بكتاب الله ، قال : فإن لم تجد ؟ قال : بسنة رسول الله . قال فإن لم تجد ، قال : أجتهد رأيى لا آلو . فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ الحمد لله الذى وفق رسول رسول الله ﷺ لما يحبه الله ورسوله » . وقال علماء الأصول : إن هذا حديث مشهور .

٤ — ويتسع المجال لاجتهاد علماء الاسلام ، وأهل النظر فى الشريعة الاسلامية فى الآتى :

(١) المسائل والظروف التى جاءت فيها الشريعة بالمبادىء العامة وتستدعى أحكاماً فرعية .

(ب) المبادىء والأحكام المفصلة والتى تدخل فى دائرة المباح التى تركت الشريعة الحديث عنها .

وكل ذلك مشروط بأن لا يصادم من أحكام الشريعة النصوص المحكمة وأن لا يتفق مع مقاصد الشريعة .

---

(١) سورة النجم ٣ ، ٤

فالأحكام الشرعية التفصيلية جاءت لتبقى كما هي عليه.

والمبادىء الكلية جاءت لتكون هي الإطار للذى تنمو فى داخله الأمور التشريعية دون الخروج عليها، ومخالفتها لأن فى الخروج عليها ومخالفتها دخول تحت قوله تعالى «شرعوا لهم من الدين مالم يأذن به الله»(١).

هذا: وقد كان فقهاء المسلمين فى الصدر الأول ـ قبل عصر المذاهب ـ يفهمون الشريعة من مصادرها ويستنبطون الأحكام من أدلتها وأصولها، وقواعدها العامة، ووجدوا فى هذه المصادر الشمول والكفاية بأحكام الحوادث التى تعرض عليهم وتقع بينهم، وما شعروا بقصورها، أو عجزوا عن استنباط حكم لواقعة من الوقائع التى كثرت وتنوعت بعد الفتح الاسلامى ـ فى الشرق والغرب.

وقد وجدت بعد ذلك مدرستا المدينة والعراق، حيث امتازت الأولى بكثرة الرواية وقلة الرأى والثانية بكثرة الرأى وقلة الرواية، وكان الرأى عند أهل المدينة يختلف عن الرأى عند أهل العراق، ففى المدينة يحكمون المصلحة حيث لا نص من كتاب أو سنة أو فتوى الصحابة، فان كانت المصلحة فى هذه الحدود أخذوا بها توجيه، بينما كان الرأى عند فقهاء العراق يقوم أكثره على القياس، ومع تعدد مناهج الفقهاء فى البحث والاستنباط، فان هذه المناهج تتجه إلى غاية واحدة، وهى تحرير المعانى الفقهية التى اشتمل عليها الكتاب والسنة والمأثور عن الصحابة ـ رضى الله عنهم.

ولم يقف الفقهاء أمام النصوص جامدين بل فهموا أنها مرنة ومع مرونتها لا توجه إلا المصلحة المرادة من التشريع، وعرفوا دلالاتها ووقفوا

---

(١) سورة الشورى ٤٢

على أسرارها ومراميها ، وأن لها عمومات معنوية كعموماتها اللفظية ، وأن هذه العمومات يجب رعايتها والعمل بها كما يجب العمل بعمومات الصيغ والألفاظ ، وما ورد من النصوص بمثابة القواعد العامة طردوا حكمه ، وجعلوه قاعدة تسرى على كل ما يمكن أن يدخل تحتها من جزئيات، فالتشريع الاسلامى هو التشريع الكامل ، ولم يعد وراء كماله من غاية لرجاله إلا تطبيق هذا التشريع ، بعد أن وضعت أمامهم أصوله ، وقواعده والأسس التى قام عليها .

هذا وقد أعطت مرونة النصوص لكل فقيه أن يتأولها بوجهة نظره التى حددتها مقاصد الشريعة والمصلحة العامة المقصودة للشارع، وأساليب اللغة ، وقواعد الاستنباط، وتطور المقاييس الفكرية والأبحاث العلمية ، وتغير الظروف الاجتماعية ، وكل من آراء هؤلاء الفقهاء له اعتباره على أى حال ، لأن الشارع أطلق حق النظر فى الشريعة للقادر عليه فتكلم كل قادر على الفهم والإستنباط ، واعتبر كلامه إما اجتهاداً مطلقاً منه أو اجتهاداً فى المذهب الذى ينتمى إليه ، فنمت الثروة التشريعية ، وأصبحت تسع كل مايعرض من مشاكل ووقائع حتى أننا لنجد أن كل ما وصل إليه علماء القوانين الوضعية من نظريات وقواعد عدوها مستحدثة قد سبق به إمام من الأئمة أو فقيه من فقهاء التشريع الإسلامى ، بل هناك نظريات ظن علماء القوانين الوضعية أنهم بها قد أحدثوا شيئاً لم يعرف من قبل . وأنها فتح جديد وجدت فى الفقه الإسلامى منذ نشأته الأولى — مثال ذلك « نظرية التعسف فى استعمال الحق » ، و « الظروف الطارئة والاستثنائية » مما تحدث عنه المتشرعون الإسلاميون كثيراً[1] .

---

(١) ظهرت نظرية « التعسف فى استعمال الحق » فى القانون الألمانى سنة ١٧٨٧ م وقد وضع الدكتور محمد فتحى المحامى رسالته فى هذا الموضوع « التعسف فى استعمال الحق =

وإذا أريد أن يسن من أقوال فقهاء الإسلام قانون عام أمكن ذلك على حال أكمل من كل قانون فى الأرض صنعه البشر . ويكون مع ذلك قابلا للتطور إلى أن يرث الله تعالى الأرض ومن عليها لأن الإسلام لم يضع للإجتهاد حداً ولم يعين له أهلا بل تركه لكل من استكمل عدته(٢) . وليس للمسلمين عذر عند ربهم فى ترك الشريعة الإسلامية والإنتماء إلى غيرها من شرائع الأرض التى تضيق عما وسعته الشريعة الإسلامية بأصولها ومصادرها وما يبتنى على هذه الأصول والمصادر .

والتشريع الإسلامى بمصادره وأصوله قام على أسس عامة منها :

= فى الفقه الإسلامى » . وظهرت الرسالة سنة ١٩١١ م بناء على نصيحة الأستاذ «لامبير» بجامعة « ليون » الذى كان يشير على الطلبة المصريين أن يعنوا بوضع رسائل الدكتوراه فى الشريعة الإسلامية ، وكان يرى أن المؤلفات الفقهية الإسلامية كنز لا يفنى ، وكان الألمان يتيهون عجباً بهذه النظرية التى عرفها الفقه الإسلامى منذ أمد بعيد ثم فوجئوا بهذه الرسالة فعلموا أنهم سبقوا بها فلم يعد للفخر والعجب مجال .

(٢) سأل أحد الفرنسيين الأستاذ الأكبر الشيخ محمد مصطفى المراغى عن بعض التشريعات التى تسن لحكم الشعب المصرى فقال : « يجب أن تسيطر تعاليم الإسلام على الحياة الاجتماعية لأن غالبية الشعب تدين بالإسلام ، كما أن الدين الرسمى للدولة هو الإسلام ، هذا إلى أن القرآن الكريم يفى بكل حاجات الفرد والجماعة وقد احتاط لكل شىء وتوفر على كل الأحكام » .

فقال السائل : « إن مصر تعمدت أن تكون قوانينها مقتبسة من أحدث التشريعات العصرية » . فقال : « وأنا أصرح بأن أحدث نظريات القانون الحديث موجودة فى القرآن الكريم ، ومن السهل أن تسن قوانين تتفق مع نظريات الكتاب الكريم . » والدليل على ذلك نظرية « الإخلال بالقانون التى عرفها المشرعون المعاصرون أخيراً مع أنها تدرس فى الأزهر منذ ألف عام . ثم قال : « وأنا عندما أتكلم عن التشريع الإسلامى أعنى مجموع آراء أصحاب المذاهب فإن عمل هؤلاء كنز فريد لا يوجد مثله عند أية أمة أخرى ومن المستطاع الانتفاع به على أحسن السبل » ا هـ مجلة الأزهر محرم سنة ١٣٥٧ هـ ١٩٣٨م .

١ — اليسر ورفع الحرج والمشقة .

قال الله تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(١) . وقال تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا »(٢) .

وقال الله تعالى « ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج »(٣) وقال تعالى « وما جعل عليكم فى الدين من حرج »(٤) .

فالله تعالى العليم بتفاوت الناس قوة وضعفاً ، وما يطرأ عليهم من صحة ومرض قد رفع عنهم الحرج والمشقة جميعاً بصفة عامة . وعن المريض والمصاب بصفة خاصة .

فى العبادات أبيح قصر الصلاة فى السفر ، وشرعت صلاة المريض ، ورخص فى التيمم لمن لم يجد الماء أو تعذر عليه استعماله ، وأبيح الفطر للصائم إذا كان مريضاً أو على سفر أو وجد فيه مشقة ، ولم يفرض الصوم إلا شهراً واحداً فى العام ، والحج مرة واحدة فى العمر لمن استطاع إليه سبيلا ، والزكاة فرضت على القادر المالك للنصاب ونسبتها فى الأموال قليلة لا تذهب بالكثير منها .

وفى المعاملات نجد العقود وهى أكثر ما يحتاج إليه الإنسان جعل الشرط الأساسى فيها هو التراضى بين العاقدين ، قال الله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون

---

(١) سورة البقرة : ١٨٥
(٢) سورة النساء : ٢٨
(٣) سورة المائدة : ٦
(٤) سورة الحج : ٧٨

تجارة عن تراض منكم »(١) . ومن مظاهر اليسر ورفع الحرج فى المعاملات ابتغاء كثير من أحكامها على العرف الصحيح شرعا ، وفى العقوبات كذلك نجد قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

« إدرؤا الحدود بالشبهات ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجاً فخلوا سبيله فإن الإمام لأن يخطىء فى العفو خير من أن يخطىء فى العقوبة »(٢) .

هذا ولا يعنى برفع الحرج والمشقة انتفاء أصل المشقة ، فإن المشقة المعتادة عرفاً لا يقصد الشارع إلى رفعها ، لأن كل عمل لا يخلو من مشقة وهذه لا مانع من وقوعها فى التكاليف الشرعية والأمور العادية ودرء المشقة الزائدة التى تضيق بها الصدور وتستنفذ الجهود وتؤثر على المرء فى جسمه أو ماله وتؤدى إلى الانقطاع عن كثير من الأعمال فهذه هى التى تفضل الله تعالى برفعها عن المكلفين تيسيراً ورفعاً للحرج .

٢ — رعاية مصالح الناس جميعاً .

ومن هذه الأسس رعاية مصالح الناس جميعاً لأن الشريعة الإسلامية جاءت لتحقيق مصالح الفرد والجماعة معاً وقد ذكر الفقهاء : أن رعاية المصالح من أسس التشريع العامة ، وما جاءت الشريعة بالمرونة فى نصوصها والشمول فى قواعدها وأصولها إلا لتحقيق ذلك .

يقول الإمام الشاطبى فى الموافقات(٣) :

---

(١) سورة النساء ٢٩

(٢) رواه الترمذى والحاكم فى المستدرك وابن أبى شيبة والبيهقى فى السنن . وراجع قاعدة المشقة تجلب التيسير فى الباب الخامس . العرف وقواعد الفقه .

(٣) جـ ٢ ص ٣٠٥

« إننا وجدنا بالاستقراء أن الشارع قاصد لمصالح العباد ، والأحكام العادية تدور معها حينما دارت فنرى الشيء الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمتنع فيه بالمبايعة ويجوز فيه القرض وبيع الرطب باليابس يمنع حيث يكون مجرد غرر وربا من غير مصلحة ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة » .

وقد تتفاوت المصالح وتتضارب ولو ترك كل أحد لاستأثر بالمصالح دون غيره ولترتب على ذلك الفتن واختلال نظام الحياة واضطراب الأمور ، وهذا التعارض بين المصالح يستدعى تشريعاً يحقق المصالح ويوفى للضعيف ما يستحق ويمنع القوى من إستغلاله فوضعت الشريعة الإسلامية قوانين المعاملات والجنايات بقصد تمكين الناس من حقوقهم ، والمصلحة المعتبرة فى الشريعة هى التى لاتصاحبها مفسدة راجحة وكذلك اعتبرت أحكام الشريعة منع المفسدة التى لا تصاحبها مصلحة راجحة(١) .

ومن خصائص الشريعة التى تعمل على تحقيق المصالح أن تكون أحكامها قائمة على أسباب حقيقية ولذلك قال الفقهاء : أن تحقيق المصالح هو القصد من وضع التشريع(٢) .

٣ — تحقيق العدالة للناس جميعاً .

إن رعاية العدل وتحقيق العدالة لايوجد قانون من القوانين أو شريعة من الشرائع كالشريعة الإسلامية فى رعايته لا للمسلمين وحدهم ، بل للناس

---

(١) يراجع قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ص ٢ ، ١١

(٢) المراجع السابقة .

جميعاً مسلمين وغير مسلمين بل وراعته مع أعدائها وإن كانوا فى حرب فعلية مع المسلمين . فالشريعة الإسلامية قد بينت حقوق الفرد والجماعة وعملت على أن يصل لكل إنسان حقه بلا إجحاف أو غبن ووضعت من الأحكام والتشريعات ما يحقق ذلك .

والقرآن الكريم وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم - فيهما كثير من النصوص التى تحث على العدل والأمر به والوعد بالإثابة عليه ، كما ورد فيهما التنفير من الظلم والتوعد بالعقاب عليه كما جعل العدل من التقوى .

فما جاء فى القرآن الكريم قوله تعالى :

« إن الله يأمر بالعدل والإحسان وإيتاء ذى القربى ، وينهى عن الفحشاء والمنكر والبغى »(١) وقوله تعالى : « إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل »(٢) .

وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا إعدلوا هو أقرب للتقوى واتقوا الله إن الله خبير بما تعملون »(٣) .

فالإسلام يحرص على إقامة العدل المطلق وعدم التقصير فى ذلك ، وتطلقه النصوص عدلا شاملا بين الناس جميعاً فهو حق لكل إنسان بوصفه إنساناً وهذه الصفة هى التى يلتقى عليها الناس جميعاً مؤمنين وكافرين ، أصدقاء وأعداء من أى جنس ومن أى لون فالعدل بينهم هو أمر الله للناس جميعاً

---

(١) سورة النحل ٩٠ (٢) سورة النساء : ٥٨ (٣) سورة المائدة : ٨

والأمة الإسلامية قيمة على الحكم بين الناس بالعدل متى حكمت فى أمرهم . قال الله تعالى : « وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل » .

هذا العدل لم تعرفه البشرية إلا على يد المسلمين وفى ظل الشريعة الإسلامية وهذا هو أساس الحكم فى الإسلام ، ويجب على المسلمين القيام بذلك حسبة لله تعالى ، فى كل حال وفى أى مجال لا لحساب أحد ولا لمصلحة فرد أو جماعة أو أمة ، بل شهادة لله تعالى بالقسط وتجرداً من كل ميل ومن كل هوى ومن كل مصانعة فى حالتى المودة والشنآن .

ومن أوضح الأمثلة على ذلك نزول بعض آيات القرآن لتنصف يهودياً اتهم زوراً بالسرقة فى الوقت الذى كان فيه اليهود فى المدينة ينفثون سمومهم ويوجهون سهامهم ضد رسول الله ﷺ ومن آمن معه ، وهذا من الأمثلة التى لا تعرف الدنيا لها نظيراً فى تحقيق العدالة .

والقصة كما رويت أن نفراً من الأنصار منهم (قتادة بن النعمان وعمه رفاعة) غزوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعض غزواته ، فسرقت درع رفاعة فحامت الشبهة حول رجل من الأنصار يقال له « بشير أو طعمة ابن أبيرق » فأتى صاحب الدرع رسول الله ﷺ فقال له : إن بشيراً أو طعمة، سرق درعى فلما رأى السارق ذلك عمد إلى الدرع فألقاها فى بيت رجل يهودى اسمه « زيد بن السمين » وقال لنفر من عشيرته إنى غيبت الدرع وألقيتها فى بيت « زيد بن السمين » وستوجد عنده فانطلقوا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالوا : يا نبى الله : إن صاحبنا برىء وأن الذى سرق الدرع فلان وقد أحطنا بذلك علماً فاعذر صاحبنا على رءوس الناس وجادل عنه فإنه إن لم يعصمه الله بك يهلك . ولما عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الدرع وجدت فى بيت اليهودى قام فبرأ ابن أبيرق، وعذره على رءوس الناس ، وكان أهله قد قالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم

قبل ظهور الدرع فى بيت اليهودى . إن قتادة بن النعمان وعمه عمدا إلى أهل بيت منا أهل إسلام وصلاح يرمونهم بالسرقة من غير بينة ولا ثبت ، قال قتادة : فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فكلمته فقال : عمدت إلى أهل بيت يذكر منهم إسلام وصلاح وترميهم بالسرقة على غير ثبت ولا بينة . قال : فرجعت ولوددت أنى خرجت من بعض مالى ولم أكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك ، فأتانى عمى « رفاعة » فقال يابن أخى ماصنعت فأخبرته بما قال رسول الله ﷺ فقال « الله المستعان » . فلم نلبث أن نزلت هذه الآيات : « إنا أنزلنا إليك الكتاب بالحق لتحكم بين الناس بما أراك الله ولا تكن للخائنين خصيما واستغفر الله إن الله كان غفوراً رحيما ، ولاتجادل عن الذين يختانون أنفسهم إن الله لايحب من كان خواناً أثيما . . . »(١) .

إن المسألة لم تكن تبرئة برىء تآمرت عليه عصبة لتوقعه فى الاتهام مع أن تبرئة البرىء أمر ثقيل الوزن فى ميزان الله تعالى . إنما كانت أكبر من ذلك كانت هى إقامة ميزان العدل الذى لايميل مع الهوى ولا مع العصبية ولا تتأرجح مع المودة والشنآن أياً كانت الملابسات مع أن الأمر كان فيه أكثر من سبب لإلصاق التهمة بالبرىء ، فهو يهودى ومع ذلك نزلت براءته مع أن اليهود بطبعهم لايعرفون الأخلاق وقد كانوا فى حرب مع الاسلام .

---

(١) قال قتادة : « فلما نزل القرآن أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالسلاح فرده إلى رفاعة ولما أتيت عمى رفاعة بالسلاح وكان شيخاً قد عمى أو عشى فى الجاهلية وكنت أرى إسلامه مدخولا قال : يا ابن أخى هى فى سبيل الله . فعرفت أن إسلامه صحيحاً » فلما نزل القرآن لحق السارق بالمشركين فأنزل الله تعالى « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ماتولى ونصله جهنم وساءت مصيراً ، إن الله لايغفر أن يشرك به ويغفر مادون ذلك لمن يشاء ومن يشرك بالله فقد ضل ضلالا بعيداً » يراجع كتب التفسير .

والأمر من ناحية ثانية أمر الأنصار الذين آووا ونصروا وغير ذلك من الأسباب والإعتبارات ولكن الأمر كان أكبر من هذا كله. فقد كان أمر تربية الأمة الإسلامية الناشئة وإقامة ميزان العدل «لتحكم بين الناس بما أراك الله»، وذلك لأن العدل إذا بعد عن المجتمع وعن الحكم كان سبباً فى هلاك المجتمع وتصبح الشرائع والقوانين لا يمكن أن تحقق الغاية المرجوة منها فليس أمام الإسـلام إلا العدل المطلق بقدر مايتاح لبشر سواء فى ذلك مايقتضى الثواب أو مايقتضى العقاب (١).

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً أن أسامة بن زيد - حبيب رسول الله ﷺ شفع لديه فى المرأة المخزومية التى سرقت مدفوعا من قريش - فقال رسول الله ﷺ «يا أسامة أتشفع فى حد من حدود الله» ثم قام فقال: «إنما هلك الذين من قبلكم أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق الضعيف أقاموا عليه الحد وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها»(٢).

فالإسلام بهذا لا يحقق العدل فقط بل يرسى قواعد العدالة حتى تعم بظلها كل فرد فى الأمة يحيا تحت رعايته فيطمئن إلى حياته وإلى حقه فيها.

أما فى القانون فيتبين قصوره فى هذا مما قاله الدكتور «حسن كيره» وغيره حيث جاء فى كتابه «المدخل للعلوم القانونية»(٣).

«إن القانون يقتصر فى المبدأ على تحقيق العدل دون تحقيق العدالة، والعدل يختلف عن العدالة. ذلك أنه إذا كان كل من الفكرتين يقوم على

(١) يراجع «فى ظلال القرآن» سيد قطب فى تفسير سورة النساء.
(٢) رواه البخارى ومسلم وأحمد فى مسنده وأبو يعلى فى مسنده. (٣) ص ١٥

مبدأ المساواة فى معاملة المخاطبين بأحكام القانون، إلا أن المساواة التى تقوم عليها فكرة العدل هى مجرد مساواة جامدة مجردة وتقوم على أساس الوضع الغالب فى الحياة ، دون اعتداد بتفاوت الظروف أو اختلاف الجزئيات فى الحالات المتماثلة بينما المساواة التى تقوم عليها فكرة العدالة هى مساواة مجسمة واقعية تقوم على أساس التماثل فى المعاملة للحالات المتماثلة إذا تماثلت فى ظروفها وجزئياتها الواقعية ، ولما كان القانون يضع قواعده مقدماً لكى تطبق من بعد على كل مايدخل فى نطاقها من أوضاع وحالات مستقبلة فيستحيل عليه منطقياً تحقيق مثل هذه المساواة المجسمة الواقعية التى تقوم عليها فكرة العدالة لأنه لايستطيع الإحاطة ولا التنبؤ مقدماً بالظروف الخاصة أو الجزئيات الواقعية لكل تلك الأوضاع والحال المستقبلة ... فغاية القانون هى التى تحدد وسائله بإقامة العدل لا بتحقيق العدالة » اهـ .

وهذا عيب فى القانون جعله قاصراً عن مجاراة الشريعة الإسلامية لأنها من وضع الله تعالى العليم بكل شىء الحكيم فيما شرع فهى بلا ريب الشريعة التى تحقق العدل كما تحقق العدالة .

الصفة الدينية فى الفقه الإسلامى :

وزيادة على ما تقدم فإن الصفة الدينية فى الشريعة الإسلامية تجعل كل فرد يحاول تطبيق الشريعة التى آمن بها وينظر إليها نظرة الإحترام والإجلال لأن المسلم يستشعر الخشية من الله تعالى كما يحس من داخل نفسه بمراقبة الله تعالى إذا ضعفت مراقبة الإنسان . يقول الشيخ محمد أبو زهرة(١) :

« ومن يحاول أن يفهم الشريعة الإسلامية على أنها قوانين مجردة

---

(١) الملكية ونظرية العقد ص ١ — ٢

ومعالجات لإصلاح طوائف من المجتمع وتنظيم معاملاتهم من غير أن يربطها بالاسلام فلن يفهمها على وجهها الصحيح لأن الفهم المستقيم ماقام على رد الفروع إلى أصولها والنتائج إلى مقدماتها والأحكام إلى غاياتها والآراء إلى مقاصد قائليها ، وإن من يحاول هذه المحاولة كمن يتصور أن ثمراً يكون من غير شجر أو أن غصوناً تقوم على غير جذوع ... ثم قال : وإن استمداد الفقه من الدين جعله شاملا فى سلطانه للراعى والرعية وجعل القانون مسيطراً على الحاكم والمحكوم فكان من حق الناس أن يقولوا للحكام أنتم مقيدون بأحكام الشريعة وأنتم مسئولون عن تنفيذها وذلك فى أزمان كانت سلطة الحكام مطلقة بلا قيد يقيدها ولا نظام يضبطها فكانت الشريعة بارتباطها بالدين قيداً للحاكم وتهذيباً للمحكوم » اهـ .

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا :

« فمن قصر النظر مايتوهمه بعضهم من أن تلك الصفة الدينية فى الفقه الإسلامى تقضى عليه بالجمود وعدم القابلية لأن يتسع لحاجات الأزمان اتساع التشريع الوضعى الذى يمكن أن يتكيف بحسب الحاجة ، فقد رأينا : أن الفقه الإسلامى قد أقام للإستحسان والمصالح العامة والأعراف اعتباراً لايقف فى مجاراة الحاجات الزمنية عند حد سوى حد المصالح العامة نفسها والحرمات الأساسية التى جاءت الشريعة الإسلامية لإصلاح البشرية برعايتها للنفوس والعقول والأموال والأعراض فى الحاضر والمستقبل » اهـ(١) .

وبعد : فإن ماذكر فى هذا الموضوع يعطينا دلالة واضحة على سمو

---

(١) المدخل الفقهى العام جـ ١ ص ٢٠١

التشريع الإسلامى ووفائه بمصالح الناس مع الشمول والمرونة بنصوصه ومصادره وقواعده الكلية وأسسه العامة .

وبعد ذلك يمكن تقرير الأمور الآتية :

أولا : أن مصادر التشريع الإسلامى وأصوله الكلية لم توضع لطائفة خاصة ولا حصر الإجتهاد فى طبقة معينة ولا أمة دون أخرى ولكن جعل حقاً شاملا لكل من تكون عنده القدرة والاستعداد لاستنباط الأحكام الشرعية وإن اختلفت آراء الفقهاء فإنه قد ترك لكل مسلم الأخذ بقول أحدهم دون سواه .

ثانياً : لم يوضع التشريع الإسلامى فى أسلوب مقرر لايجوز تعديه فترك لكل ناظر الخيار فى اختيار أسلوبه ولذلك اختلفت أساليب الفقهاء ولم ينظر المسلمون إلى هذا الإختلاف بل اعتدوا بمقدار انطباقها على الأصول الكلية للكتاب الكريم والسنة المطهرة ، وقد تسبب ذلك فى نتاج هائل وثروة كبيرة من النظريات الفقهية والآراء التشريعية مما يعد مفخرة تجعل المسلم يتيه عجباً بتشريعه على جميع الشرائع البشرية قديماً وحديثاً .

ثالثاً : إن التشريع الإسلامى ليس خاصاً بزمان دون زمان أو مكان دون آخر لأن عموم التشريع شامل لكل من انطوى تحت لوائه عامل على تحقيق المصالح المتغيرة المتجددة التى تختلف باختلاف الظروف والأحوال والبيئات .

رابعاً : إجماع المسلمين على أن الاجتهاد فى فهم أسرار الشريعة واستنباط الأحكام واجب على الحاصلين على مؤهلات الاجتهاد ولذلك

لم يكرهوا قط أن تتعدد المذاهب وهم فى ذلك كله يصدرون عن سنة النبى صلى الله عليه وسلم الذى قال : « للمجتهد أجران إن أصاب وأجر إن أخطأ »(١) .

وفى هذا أكبر داع للنظر والتأمل فى الأدلة المختلفة والتحرى عن الحق بقصد الوصول إليه ولم يرع أحد الخلاف بين المجتهدين مهما كان ، بل كانوا يقابلون هذا الخلاف بارتياح عظيم وكانوا يكبرونه إلى حد أن جعلوا له علماً سموه « علم الخلاف » وكانوا يتدارسونه كما يتدارسون العلوم الأخرى ، وسرى الترحيب بهذا الخلاف حتى قيل « اختلافهم رحمة » ولم يخرج هذا كله عن الأسس العامة للتشريع الإسلامى ومقاصد الشريعة .

هذا وقد ارتفعت الشريعة الإسلامية إلى مستوى يعد بها عن العوامل التى تلحق الشرائع فتصيبها بالجمود والتوقف عن مسايرة التطور حتى تتغير أو تتبدل قواعدها كما أوجدت لها من المناعة والحيوية ما ينفى عنها كل خطر يخطر بالبال من دواعى الإنحلال وتضمن لها الخلود والتفوق وسط كل تطورات العقل والعلم معاً .

وقد درس كثير من الغربيين الشريعة الإسلامية وتعرفوا على منهاجها التشريعى ونظرياتها الفقهية فلما تبين لهم أصالتها وسموها لم يسع المنصفون منهم إلا الإشادة بها .. وأذكر هنا بعض قرارات مؤتمراتهم وأقوال بعض علماء القانون منهم فى فترات مختلفة .

أولا : فى مؤتمر القانونيين سنة ١٩٢٧ م قال عميد كلية الحقوق فى جامعة فينا « إن البشرية لتفخر بانتساب رجل كمحمد إليها إذ أنه رغم أميته استطاع قبل بضعة عشر قرناً أن يأتى بتشريع سنكون نحن الأوربيين أسعد ما نكون لو وصلنا إليه بعد ألفى عام » اهـ .

---

(١) رواه البخارى .

ثانياً : انعقد مؤتمر القانون الدولي في جماد آخر سنة ١٣٥٦ هـ أغسطس سنة ١٩٣٧ م وقد اشترك فيه الأزهر وتقدم مندوبوه ببحثين :

١ — المسئولية المدنية والمسئولية الجنائية في الإسلام .

٢ — في علاقة القانون الروماني بالشريعة الإسلامية ونفي ما يزعمه بعض المستشرقين من تأثر الفقه الإسلامي بذلك القانون » .

وقد أثار مندوبو الأزهر إعجاب الأعضاء الاوربيين بسمو الشريعة الإسلامية بأرقى نمط للحياة الاجتماعية فكانت نتيجة ذلك أن قرر المؤتمر بإجماع الآراء :

١ — اعتبار الشريعة الإسلامية حية صالحة للتطور .

٢ — اعتبار الشريعة الإسلامية مصدراً من أهم مصادر التشريع العام .

٣ — اعتبار الشريعة الإسلامية قائمة بذاتها وليست مأخوذة من غيرها .

٤ — تسجيل البحث الأول في سجل المؤتمر باللغة العربية واعتباره بين المجموعة العلمية التي تدخر للرجوع إليها .

٥ — استعمال اللغة العربية في المؤتمر والتوصية بالاستمرار على ذلك في الدورات المقبلة .

ثالثاً : في أغسطس سنة ١٩٤٨ م انعقد في « لاهاى » المؤتمر التالي واشترك فيه ثلاثة وخمسون دولة وقد اتخذ هذا المؤتمر بناء على اقتراح لجنة القانون المقارن وعطفاً على ما قرره مؤتمر سنة ١٩٣٧ م بشأن التشريع الإسلامي القرار التالي : « نظراً لما في التشريع الإسلامي من مرونة وماله

من شأن هام يجب على جمعية المحامين الدولية أن تتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع وتشجع عليه ».

رابعاً : فى يوليو سنة ١٩٥١ م عقدت شعبة « الحقوق الشرقية » من المجمع الدولى للقانون المقارن مؤتمراً تحت اسم «أسبوع الفقه الإسلامى». وقد اشترك فيه الأزهر وجامعة القاهرة وعين شمس وأعضاء آخرون من البلاد العربية والإسلامية وقد حاضروا فى خمسة موضوعات فقهية ، عينها المجمع الدولى للقانون المقارن وهى :

١ — إثبات الملكية . ٢ — الاستملاك للمصلحة العامة .
٣ — المسئولية الجنائية . ٤ — تأثير المذاهب الفقهية بعضها فى بعض .
٥ — نظرية الربا فى الإسلام .

وعقب كل محاضرة كانت تدور المناقشات حولها بين المحاضرين وأعضاء المؤتمر وفى خلال هذه المناقشات وقف نقيب محامين سابق فى باريس فقال : « أنا لا أعرف كيف أوفق بين ما كان يحكى لنا عن جهود الفقه الإسلامى وعدم صلوحه أساساً تشريعياً يفى بحاجات المجتمع العصرى المتطور وبين ما نسمعه الآن فى هذه المحاضرات ومناقشتها مما يثبت خلاف ذلك تماماً ببراهين النصوص والمبادىء » اهـ.

وفى ختام المؤتمر اتخذ أعضاؤه قراراً جاء فيه :

« إن أعضاء المؤتمر بناء على الفائدة المتحققة من الأبحاث التى عرضت أثناء أسبوع الفقه الإسلامى وما جرى حولها من مناقشات أثبتت :

١ — أن الفقه الإسلامى يقوم على مبادىء ذات قيمة تشريعية لا مرية فى نفعها .

٢ — إن اختلاف المذاهب الفقهية فى هذه المجموعة التشريعية العظمى

ينطوى على ثروة من الآراء الفقهية والمعلومات وعلى مجموعة من الأصول التشريعية البديعة هى مناط الإعجاب وبها يتمكن الفقه الإسلامى أن يستجيب بمرونته لجميع مطالب الحياة الحديثة والتوفيق بين حاجاتها . « يعلنون » رغبتهم فى أن يظل أسبوع الفقه الإسلامى يتابع أعماله ويكلف مكتب المؤتمر بوضع قائمة للموضوعات التى أظهرت المناقشات ضرورة جعلها أساساً للبحث فى الدورة القادمة ، ويأمل أعضاء المؤتمر أن تؤلف لجنة لوضع معجم للفقه الإسلامى ، يسهل الرجوع إلى مؤلفات هذا الفقه فيكون موسوعة فقهية تعرض المعلومات التشريعية الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة »(١) اهـ .

وقال المستشرق المجرى « فمبرى » :

« إن الفقه الإســـــلامى واسع جداً إلى درجة أننى أتعجب كلما فكرت فى أنكم لم تستنبطوا منه الأنظمة والأحكام الموافقة لزمانكم وبلادكم »(٢) اهـ .

ونذكر بعد ذلك للذين يقولون إن الشريعة الإسلامية لا تصلح لمسايرة العصر والتطور الذى حدث وعليهم أن ينقلوا القوانين الغربية التى لم تصلح للعمل فى أوربا إلا بعد تغيير وتبديل فترة طويلة من الزمن حتى توائم المجتمع الأوربى . ما قاله « كتشنر » قائد القوات البريطانية فى الشرق الأوسط إبان الحرب العالمية الأولى حيث قال : « إن الدولة العثمانية لا تصلح بالقوانين التى تقتبسها منا معشر الأوربيين حيث لم تصلح لنا

---

(١) تاريخ التشريع الاسلامى للشيخ السايس والسبكى والبربرى ص ٣٢٢ وبراجع المدخل الفقهى العام للأستاذ الزرقانى ص ٧ ، ٩ جـ ١

(٢) الإسلام فى غزوة جديدة للفكر الإنسانى للاستاذ أنور الجندى ص ٩٨

هذه القوانين إلا بعد تربية تدريجية فى عدة قرون كنا نغير منها ونبدل بحسب اختلاف الأحوال ، وإن عندكم شريعة عادلة موافقة لعقائدكم ولأحوالكم الاجتماعية فالواجب على الدولة أن تعمل بها وتترك قوانين أوربا فتقيم العدل وتحفظ الأمن وعندى أنها لاتصلح بغير هذا »[١] اه .

واهتمام الغربيين بالفقه الإسلامى يرجع إلى العصور الوسطى حيث أرادوا معرفة عوامل مجد المسلمين ووصولهم إلى مركز القيادة فى العالم آنذاك فأقبلوا على دراسته والإستفادة منه حتى أصبح القانون المدنى الفرنسى كما يقول الباحثون فى تسعة أعشاره مأخوذ من مذهب الإمام مالك بعد مقارنة بينهما[٢] .

وقد اعترف كثير من القانونيين المصريين بأهمية الشريعة الإسلامية وسموها وعظمتها وغناها بما تحتاج إليه البشرية من تشريع يحقق مصالحها فى الحاضر والمستقبل مع الشمول والمرونة ، وقد حاول الأستاذ «عبد الرزاق السنهورى» وضع قانون مستمد من الشريعة الإسلامية ويقول فى هذا الصدد[٣] :

« والهدف الذى نرمى إليه هو تطوير الفقه الإسلامى وفقاً لأصول صناعته حتى نشتق منه قانوناً حديثاً يصلح للعصر الذى نحن فيه وليس القانون المصرى الجديد أو القانون العراقى الجديد ، إلا قانوناً مناسباً فى الوقت الحاضر لمصر أو العراق ، والقانون النهائى الدائم لكل من مصر

---

(١) ص ٩٩ المرجع السابق ومجلة المنار ١٧ ص ٧٧

(٢) مقدمة كتاب المقارنات التشريعية بين القانون المدنى الفرنسى ومذهب الإمام مالك للسيد عبد الله حسين .

(٣) العالم العربى مقالات وبحوث ج ٢ « بحث القانون المدنى العربى » نشر الإدارة الثقافية بالجامعة العربية .

والعراق بل ولجميع البلاد العربية إنما هو القانون الذى نشتقه من الشريعة الإسلامية بعد أن يتم تطويرها ، وقد تكون البلاد العربية عند ظهور هذا القانون قد توحدت فيأتى القانون ليدعم وحدتها وقد تكون فى طريقها إلى التوحيد فيأتى القانون عاملا من عوامل توحيدها ويبقى على كل حال رمزاً لهذه الوحدة » اهـ .

ويقول أيضاً(١) :

« هذه هى الشريعة الإسلامية لو وطئت أكنافها وعبدت سبلها لكان لنا فى هذا التراث الجليل ما ينفخ روح الإستقلال فى فقهنا وفى قضائنا وفى تشريعنا ولأشرفنا نطالع العالم بهذا النور الجديد فنضىء به جانباً من جوانب الثقافة العالمية فى القانون » اهـ .

كما يقــــول :

« إن المقارنة بين الشريعة الإسلامية وبين شرائع الغرب كفيل بأن يظهر من ذخائر الشريعة الإسلامية فى المبادىء والنظريات ما لا يقل فى الصياغة وإحكام الصنعة عن أحدث المبادىء والنظريات وأكثرها تقدماً فى العالم الغربى » اهـ .

هذه هى الشريعة الإسلامية كما يراها علماء القانون الوضعى فى الشرق والغرب ولكن للأسف وضعت بين مصادر القانون المدنى المصرى الذى يتضاءل دونها مصدراً إحتياطياً بعد التشريع والعرف . ومازال هذا الحال لا يفكر فى تعديله ووضع الأمور فى نصابها أحد رغم كل ماقيل قديماً وحديثاً عن صلاحية التشريع الإسلامى للعمل فى كل زمان ومكان ووفائه

---

(١) النظرية العامة للالتزامات ص ٣ ، ٤ ويراجع مقدمة مصادر الحق فى الفقه الإسلامى

بما تحتاج إليه المجتمعات المعاصرة المتطورة على اختلاف أحوالها وبيئاتها، وشهد بذلك المسلم وغير المسلم والفضل ماشهدت به الأعداء.

وأخيراً . . فإن إخراج الشريعة الإسلامية لتعمل في حياة الناس وتحل محل القوانين الوضعية ، يكون ببيان أصولها وقواعدها وأسسها العامة ونظرياتها التشريعية وذخائرها ، وهذا يحتاج إلى بذل الجهد من كل المعنيين بالفقه الإسلامي، ويكون ذلك بكتابة الأبحاث فيها ونشرها ،ويتبع في ذلك منهاج الدراسة المقارنة بين المذاهب الفقهية بعضها وبعض من ناحية ، وبين القوانين الوضعية من ناحية أخرى.

وبذلك يمكن الإنتفاع بالتراث الفقهي الإسلامي الذي يستطيع أن يقدم للعالم أفضل النظم للحكم الناجح في العصر الحديث ، بل ويقدم المبادىء التي يمكن أن تقام عليها ديمقراطية جديدة تحقق لكل إنسان معنى الحرية والعزة والكرامة الانسانية(١) .

(١) يراجع مع ماتقدم — الإسلام وحاجة الإنسانية إليه للدكتور محمد يوسف موسى .

الباب الأول

ويشمل الآتى :

١ — معنى العرف والعادة فى اللغة .

٢ — معنى العرف والعادة عند الفقهاء وعلماء القانون الوضعى .

٣ — هل يفترق العرف والعادة ؟

٤ — العرف والتقليد .

٥ — سلطان العرف والعادة فى المجتمع .

٦ — العرف بين الحقيقة والمجاز :

(ا) أقسام الحقيقة والمجاز .

(ب) هل يمكن الجمع بين الحقيقة والمجاز .

(ح) ترك الحقيقة بالعرف .

(د) الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف .

(١) معنى العرف والعادة فى اللغة

الكلام عن معنى العرف والعادة فى اللغة يقتضى أولا أن نذكر معنى العرف ثم نذكر معنى العادة .

— معنى العرف :

ذكرت معاجم اللغة العربية للعرف أكثر من معنى وما يذكره معجم منها لا يخرج عما يذكره غيره إلا قليلا . وقد أحسن صاحب معجم « مقاييس اللغة » أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا المتوفى سنة ٣٩٥هـ صنعاً ، فقد ذكر ما نستطيع معه أن نضع يدنا على كل ما ذكره علماء اللغة فى معنى العرف فى عبارة لطيفة وموجزة فقال(١) :

« عرف » العين والراء والفاء أصلان صحيحان ، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض والآخر يدل على السكون والطمأنينة .

فالأولى « العرف » عرف الفرس ، وسمى بذلك لتتابع الشعر ويقال جاء : القطا عرفاً عرفاً أى بعضها خلف بعض .

والأصل الآخر « المعرفة والعرفان » ، تقول : عرف فلان فلاناً عرفاناً ، ومعرفة وهذا أمر معروف ، وهذا يدل على ما قلناه من سكونه إليه لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونبا عنه : والعرف « المعروف » سمى بذلك لأن النفوس تسكن إليه .

أبى الله إلا عدله ووفاءه ..فلا النكر معروف ولا العرف ضائع . اهـ

---

(١) جـ ٤ ص ٢٨١

ومثله فى هذا قول الآخر :

وليس يضيع عند الله عرف　　إذا ما العرف عند الناس ضاعا

والمعانى التى وردت فى الأصلين المذكورين عندصاحب معجم مقياس اللغة . قد استعملت فيهما بطريق الحقيقة،فنى الأصل الأول : وهو مايدل على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض مثل له بعرف الفرس ، والأصل الآخر الذى يدل على السكون والطمأنينة ، وهو المعرفة والعرفان مثل له بقوله : عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفة .

ويقول ابن منظور فى « لسان العرب »(١) :

« عرف الرمل والجبل ظهره وأعاليه ،ومنه قوله تعالى«وعلى الأعراف رجال » وعرف الديك والفرس والدابة وغيرها منبت الشعر والريش من العنق « والعرف والعارفة والمعروف الجود ، وقيل هو اسم ماتبذله النفس وتسديه « العرف » بالضم والعرف بالكسر الصبر قال أبو دهبل الجحى :

قل لابن قيس أخى الرقيات　　ما أحسن العرف فى المصيبات

والعرف اسم من الاعتراف ومنه قولهم : له على ألف عرفاً أى اعترافاً ، وطار القطا عرفاً عرفاً بعضها خلف بعض . ثم قال :

« وعلى الجملة فان الكلمة يغلب ورودها فيما ارتفع من المحسات وكرم المعانى والمعنى الأخير منها يشعر بمتابعة البعض للبعض » اهـ .

---

(١) جـ ١١ ص ١٤٤ ، ١٤٧

وهذا الذى ذكره ابن منظور يشير إلى ماذكره «معجم مقاييس اللغة» فى أصلية وبخاصة عبارته الأخيرة : وعلى الجملة . . ، إلخ .

فالأصل الأول : وهو مايدل على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض هو المعنى الأخير عند ابن منظور ، وما أشار إليه ابن منظور أولا : هو الذى أشار إليه «مقاييس اللغة» فى الأصل الثانى وإن اختلفت العبارة فقد قال: والآخر يدل على السكون والطمأنينة وبعد أن مثل له كما تقدم قال : وهذا يدل على ماقلناه من سكونه إليه لأن من أنكر شيئاً توحش منه ، ونبا عنه ، والعرف المعروف سمى بذلك لأن النفوس تسكن إليه ، وقد قال ابن منظور : «والعرف والعارفة والمعروف واحد ضد المنكر وهو كل ماتعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه» .

وقال صاحب «أقرب الموارد»(١) :

«والمعروف ضد المنكر والعرف ضد النكر يقال : أولاه عرفاً — أى معروفاً — والعرف اسم من الإعتراف بمعنى الإقرار» .

وفى الصحاح للجوهرى (٢) :

«والعرف عرف الفرس وقوله تعالى «والمرسلات عرفا» يقال هو مستعار من عرف الفرس أى يتتابعون كعرف الفرس ، ويقال : أرسلت بالعرف (أى بالمعروف) ، «والمعرفة» بفتح الراء : الموضع الذى ينبت عليه العرف ، والعارفة أيضاً المعروف ورجل . عروفة بالأمور (أى عارف بها والهاء للمبالغة) والعريف والعارف بمعنى مثل «عليم وعالم» .

---

(١) ص ٧٦٩

(٢) تاج اللغة وصحاح العربية جـ ٤ ص ١٤٠٢ : ١٤٠٣ ومثله فى القاموس المحيط جـ ٣ ص ١٧٨ : ١٧٩

والتعريف الإعلام ، والتعريف أيضاً ، إنشاد الضالة . . . وعترفت القوم إذا سألتهم عن خبر لتعرفه وقد تعارف القوم أى عرف بعضهم بعضاً » ا هـ .

وهذا أيضاً يمكن رده إلى ماذكره « معجم مقاييس اللغة » فى الأصلين اللذين ذكرهما .

ويتبين من هذه المعانى اللغوية التى ذكرتها معاجم اللغة لكلمة العرف أن هذه المادة « ع ر ف » تنبىء بحسب وضعها اللغوى عن الظهور والوضوح ويغلب استعمالها فيما ارتفع من الأشياء وأن استعمالها فى هذه المعانى بطريق الحقيقة لا المجاز ، غير أن صاحب « أساس البلاغة » بعد أن ذكر المعنى الحقيق الذى استعملت فيه كلمة العرف قال (١) : « ومن المستعار » أعراف الريح والسحاب والضباب لأوائلها . . . واعرورف البحر ارتفعت أمواجه . . . واعرورف فلان للشر اشرأب له .

وقال أيضاً فى الكشاف فى قوله تعالى : « وعلى الأعراف رجال » وعلى أعراف الحجاب وهو السور المضروب بين الجنة والنار وهى أعاليه استعير من عرف الفرس وعرف الديك » ا هـ .

وقد تكرر ذكر هذه المادة وما اشتق منها فى مواضع كثيرة فى الكتاب والسنة واستعمالها لمعنى جامع لكل ماهو معروف بين الناس لاينكرونه ولايستقبحونه ولكل ماهو مستحسن من الأعمال والأقوال فى الشريعة الإسلامية ، كصلة الرحم والكلمة الطيبة وطاعة الله تعالى والتقرب إليه

---

(١) أساس البلاغة جـ ٢ ص ٧٤ والكشاف جـ ٢ ص ٨٤

وحسن الصحبة والمعاشرة والإحسان فى المعاملة مع الأهل وغيرهم من الناس(١) :

يقول الإمام أبو جعفر الطبرى - رضى الله عنه - فى قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » . والصواب من القول فى ذلك أن يقال : إن الله تعالى أمر نبيه - صلى الله عليه وسلم - أن يأمر الناس بالعرف وهو المعروف فى كلام العرب مصدر فى المعروف يقال : أوليته عرفاً وعارفاً وعارفة كل ذلك بمعنى المعروف(٢) .

وقال صاحب الكشاف « العرف المعروف والجميل من الأفعال »(٣) .

ومن المعانى التى ذكرتها كتب التفسير فى « وأمر بالعرف » أى وأمر بكل ما أمر الله تعالى به وهو كل ماعرفته بالوحى من الله عز وجل وكل مايعرف من الشرع .

وقال تعالى « والمرسلات عرفاً » يجوز أن يكون المراد والملائكة المرسلات متتابعة كشعر عنق الفرس ويجوز أن يكون المرسلات بالجود والإحسان(٤) .

وجاء فى تفسير الفخر الرازى(٥) .

« وأمر بالعرف » والمعروف كل ماعرف أنه لابد من الإتيان به وأن وجوده خير من عدمه .

---

(١) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٨٥
(٢) جامع البيان للطبرى ج ٩ ص ١٠٦
(٣) ج ٢ ص ١٤٨ .
(٤) يراجع لباب التأويل وتفسير الألوسى وغيرهما فى تفسير الآية .
(٥) ج ٤ ص ٣٣٤

وفى تفسير العلامة أبى السعود :

« وأمر بالعرف » بالجميل المستحسن من الأفعال فإنها قريبة من قبول الناس من غير نكير .

وقال الجصاص « والمعروف ما حسن فى العقل فعله ولم يكن منكراً عند ذوى العقول الصحيحة » .

والمعنيان الأخيران : يتفقان إلى حد ما مع ما سيأتى فى المعنى الفقهى للعرف ، كذلك يفهم من كلام الفخر الرازى أن العرف له صفة الإلزام حيث ذكر أنه لابد من الإتيان به وأن وجوده خير من عدمه وما كان كذلك فهو قريب من قبول الناس من غير نكير كما فى عبارة أبى السعود ويضاف إلى ذلك عبارة الراغب الأصفهانى فى « مفردات القرآن » إذ يقول : والمعروف اسم لكل فعل يعرف بالعقل أو بالشرع حسنه والمنكر ماينكر بهما قال تعالى « يأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر » ، « وأمر بالمعروف وانه عن المنكر » . . . والعرف المعروف من الإحسان وقال تعالى : « وأمر بالعرف » وعرف الفرس والديك معروف وجاء القطا عرفاً عرفاً أى متتابعة ، قال تعالى « والمرسلات عرفاً »[1] اهـ .

« سيأتى عند ذكر أدلة اعتبار العرف مزيد من أقوال المفسرين والفقهاء » .

وفى السنة المطهرة جاءت كلمة المعروف فى أكثر من حديث من ذلك قوله ﷺ لهند بنت عتبة « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف »[2] وقوله

---

(١) مفردات غريب القرآن للراغب الأصفهانى ص ٣٣٥

(٢) رواه البخارى .

صلى الله عليه وسلم فى شأن النساء « ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف »[1] وذلك مثل قوله تعالى « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف »[2] .

وقد فسر الفقهاء المعروف بأنه ما يجب لمثلها على مثله - كما فسر بالأمر المتعارف عند الناس وعلم قدره بالعرف والعادة أنه يكفى ويقوم بحاجة مثلها حسب ما تعارفه الناس[3] .

٢ — معنى العادة فى اللغة :

العادة كما فى لسان العرب « الديدن » والديدن الدأب والاستمرار على الشىء سميت بذلك لأن صاحبها يعاودها أى يرجع إليها مرة بعد أخرى جمعها عادات وعوائد اهـ .

وفى أساس البلاغة « فلان معاود » ، « مواظب » ويقال الماهر فى عمله « معاود » .

وفى الحديث تعودوا الخير فإن الخير عادة والشر لجاجة « أى دربة » وهو أن يعود نفسه حتى يصير سجية له وأما الشر فإن النفس تلج فى ارتكابه اهـ .

وفى مفردات الراغب الأصفهانى :

« العود الرجوع إلى الشىء بعد الإنصراف عنه إما انصرافاً بالذات

(١) رواه مسلم .
(٢) سورة البقرة : ٢٢٨
(٣) يراجع معنى اعتبار العرف أول الباب الرابع فيما يأتى .

أو بالقول والعزيمة قال الله تعالى : ربنا أخرجنا منها فإن عدنا فإنا ظالمون « ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه » .

والمعانى التى ذكرها علماء اللغة لكلمة العادة قريبة من معنى العرف فقد اشترطوا فيها لتكون عادة تكررها مرة بعد أخرى واشترط فى العرف تتابعه واستمراره ، أى أن العادة يمكن أن تصير عرفاً إذا استمرت بعد تكررها .

وسنرى عند الكلام عن الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء أن منهم من يقول إنهما بمعنى واحد . ويقول علماء الاجتماع أن العرف ينشأ عن العادة كما سيأتى ويقول الحموى فى شرح الأشباه لابن نجيم :

« إن العادة تقتضى تكرار الشىء وعوده تكراراً كثيراً يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق »(١) .

(٢) معنى العرف والعادة عند فقهاء الشريعة وعلماء القانون الوضعى

أولا : معنى العرف عند الفقهاء :

ذكر الفقهاء للعرف تعريفات متعددة بعضها قريب من بعض نذكر منها الآتى :

(ا) قال حافظ الدين النسفى فى المستصفى(٢) :

« العادة والعرف ما استقر فى النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول »

---

(١) يراجع لسان العرب وأساس البلاغة ج٢ ص٩٧ ومفردات غريب القرآن ص ٢٠٧ وشرح الأشباه للحموى ص ٧٥ ج ١

(٢) المستصفى فى فقه الحنفية مخطوط بدار الكتب

ويلاحظ أنه فرق بين العرف والعادة — وسيأتى الحديث عن الفرق بينهما، وقد ذكر هذا التعريف ابن نجيم فى الأشباه، وصاحب مختصر المنار(١) .

(ب) عرفه السيد الجرجانى فقال :

« العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول »(٢) .

(ج) عرفه صاحب « بلوغ السول » من المالكية عند شرح قول ابن عاصم الأندلسى فى منظومته فى الأصول : « العرف ما يعرف بين الناس » .

فقال : « يعنى : أن العرف اصطلاحاً هو : المعنى الذى يعرف — أى يعهد ويجرى بين الناس استعماله » ثم ذكر تعريفاً لابن عطية يقول : « العرف هو كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة » .

(د) ذكر أيضاً صاحب بلوغ السول تعريفاً لابن ظفر يقول :

« العرف ما عرفت العقلاء أنه حسن وأقرهم الشارع عليه »(٣) اهـ .

وفى هذه التعريفات نجد أن التعريف الأول والثانى قد اشترطا فى العرف الاستقرار فى النفوس وتلقى الطباع السليمة له بالقبول ، وفى التعريف الثالث والرابع ذكر شرط عدم رد الشريعة له وإقرار الشارع الناس عليه ، فما ذكر فى بعضها شرطاً تركه البعض الآخر ، وهذه الشروط والقيود مجتمعة لا بد منها فى تعريف العرف المعتبر شرعاً ، ولذا رأيت أن أعرفه تعريفاً جامعاً لما احتوته وهو الذى أرتضيه .

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٤٦ ، ومختصر المنار لزين الدين الحلبى ص ٢٥

(٢) التعريفات للجرجانى ص ٩٩

(٣) بلوغ السول شرح منظومة ابن عاصم فى الأصول ص ٣٢٠

ثانياً: تعريفنا للعرف:

«العرف هو ما استقر فى النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه».

شرح هذا التعريف:

«ما» يشمل كل عرف، وتقييده بالاستقرار فى النفوس يخرج العرف الذى لا يستقر ويزول. كالعرف الذى يحدث مرة واحـــدة أو أكثر ولا يستقر فى النفوس «واستحسنته العقول» يخرج من الأعراف ما لا تستحسنه العقول.

«وتلقته الطباع السليمة بالقبول» يخرج ما لم تتلقاه الطباع السليمة بالقبول وتلقته الطباع غير السليمة بالقبول، كاعتبار مظاهر الإباحة واللهو العابث عرفاً كما فى البلاد الأوربية وعند من قلدوهم دون وعى عرفاً؛ لأنها طباع دنستها الأهواء والشهوات.

«واستمر الناس عليه» يخرج العرف الذى لا يستمر العمل به ويتبدل أو يتغير.

«مما لا ترده الشريعة» يخرج العرف الذى ترده الشريعة الاسلامية لأنه يخالف نصوصها وأحكامها، كالتعامل بالربا بكل مظاهره وألوانه فى البنوك وغيرها، لأنها أعراف استقرت تبعاً للأهواء والشهوات.

«وأقرهم الشارع» يخرج من الأعراف ما كان عند ورود الشريعة ولم تقر الناس عليه، ويخرج أيضاً ما يطرأ من الأعراف التى تردها الشريعة ولا تقرها (١).

(١) وفى هذا المعنى أخرج البخاري ومسلم وأبو داود عن عائشة — رضى الله عنها — قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «من أحدث فى أمرنا هذا — أى ديننا فهو رد» أى مردود وفى رواية «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد».

وأما ما تعارفه الناس واستمروا عليه وكان له اعتبار في الحرية فهو العرف المعتبر شرعاً، كما في تعامل الناس بالاستصناع ووقف المنقول. وقد وضع الفقهاء شروطاً لمثل هذه الأنواع من المعاملات يحقق الغرض منها، وما يقصده الشارع من تشريع المعاملات.

الفرق بين المعنى اللغوي والفقهي:

جاء في التعريف اللغوي ما يتوائم والمعنى الفقهي، ولكن ليس يلزم أن يكون المعنى الفقهي لغوياً، وإن كان تعريف أقرب الموارد — من كتب اللغة، قريباً من المعنى الفقهي، فإن ما ذكره معجم مقاييس اللغة، ولسان العرب: من أن العرف يدل على التتابع والسكون والطمأنينة إليه، هو ما يريده الفقهاء من شرط الاستقرار وتلقي الطباع السليمة له بالقبول. ومع ذلك فإن يتساوى المعنى اللغوي مع المعنى الفقهي لأنه ما زال المعنى الفقهي أضيق مجالا لأن شرطه أن لا يصادم شرعاً فإذا صادمه رد ولم يقر الشارع الناس عليه.

ثالثاً: تعريف علماء القانون للعرف:

عرف علماء القانون الوضعي للعرف بتعريفات:

(أ) العرف مجموعة من القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها يتوارثونها جيلا عن جيل والتي لها جزاء قانوني كالقانون سواء بسواء[١].

(ب) وعرف بأنه: اعتياد الناس على نوع من السلوك مع الاعتقاد بأنه ملزم وأن مخالفته تستتبع جزاء مادياً جبراً[٢].

---

(١) أصول القانون للسنهوري وأبي ستيت ص ٨٧

(٢) المدخل للعلوم القانونية د. منصور مصطفى ص ١٠٤

(ج) وعرف : بأنه اطراد التقليد على اتباع سنة معينة(١) فى العمل مع الإعتقاد فى إلزام هذه السنة كقاعدة قانونية ، أوهو تواتر العمل بقاعدة معينة تواتراً تمليه العقيدة فى ضرورة اتباع هذه القاعدة » .

وقال صاحب هذا التعريف الأخير . . وقد يقصد باصطلاح العرف فوق ذلك : الدلالة على القاعدة أو السنة التى تحمل العقيدة فى إلزامها على اطراد اتباعها فى العمل(٢) .

ويؤخذ من هذه التعريفات أن العرف يولد فى الجماعة وينشأ من درج الناس على نوع من السلوك توارثوا العمل به « حتى يصبح هذا السلوك ملزماً ومخالفته يترتب عليها جزاء مادى لأنه أصبح قاعدة يجب اتباعها واحترامها كا تحترم القواعد القانونية لأن الناس اتبعوا هذه القواعد بدافع الإحساس بضرورة العمل بها واتبعوها واستحسنوها أو بدافع التقليد لغيرهم فى اتباعها .

ومن هذا يفهم أنه لابد أن يتوفر فى قيام العرف واعتباره لدى علماء القانون الوضعى اطراد العمل بسنة معينة وهو ركن مادى يتكون من عموم هذه السنة وقدمها وثبوتها والإعتقاد فى إلزام هذه السنة وهو ركن معنوي .

ولو نظرنا إلى ما ذكره علماء القانون فى تعريفهم للعرف وجدنا أنه لكى يتطابق التعريف القانونى مع ما ذكرنا فى تعريفه لدى الفقهاء يجب أن يضاف إلى ذلك « تلقى الطباع السليمة له بالقبول وألا يخالف القواعد القانونية أو يقره القانون » . وهذا هو ماذكروه فى حديثهم عن العرف

---

(١) السنة فى اللغة : الطريقة والعادة

(٢) المدخل للقانون د . حسن كيره ص ٢٠٧

المعتبر لدى علماء القانون ومع ذلك فإن القانون يقر من الأعراف مالا تقره الشريعة كالتعامل بالربا واعتبار العمل فى الملاهى وغيرها عملا يقره القانون ويحميه . . ! !

ولذلك نجد علماء القانون يختلفون مع فقهاء الشريعة الإسلامية فيما ذكروه لأنه على التعريفات المذكورة قد يدرج الناس على أنواع من السلوك أو يطرد تقليدهم على اتباع سنة معينة قلد بعضهم بعضاً فيها واستحسنوها وتعتبر فى نظر القانون أعرافاً ملزمة وقد يكون بعضها يتبع الأهواء والشهوات كما يحدث فى بعض البلاد الأوربية من سير أمامها على أنماط من السلوك يتنافى مع الطبع السليم والعقل تبعاً للأهواء والشهوات .

رابعاً : تعريف العادة :

(١) تعريف العادة عند الفقهاء :

إن لفظ العادة كما تقدم فى التعريف اللغوى يشمل كل متكرر من الأقوال الأفعال . والفقهاء عند ما تعرضوا لتعريف العادة عرفوا العادة التى اعتبرت فى بناء الأحكام وجعلوها مرادفة للعرف ، وقالوا « العادة محكمة » ، « والعرف قاض » .

والعادة إذا كانت مأخوذة من المعاودة والتكرار للأفعال والأقوال فإنها تشمل كل ما كان مصدره العقل وتلقته الطباع السليمة وما كان مصدره الهوى والشهوة وغير ذلك مما يكون سبباً فى حدوث أمر ما تكرر مرة بعد أخرى . وقال الحموى فى شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم » .

« إن مادة العادة تقتضى تكرار الشىء وعوده تكراراً كثيراً يخرج عن كونه واقعاً بطريق الاتفاق » . وقد نظر الفقهاء إلى العادة فى استعمالاتهم

والمجتهد فى استنباط الأحكام والقاضى فيما يرفع إليه من الدعاوى إذا ما أصبحت العادة معهودة وجارية بين الناس .

ومن لاحظ هذا المعنى لم يفرق بين العادة والعرف عاماً كان أو خاصاً وجعل العرف العادة كما تقدم مترادفين كما قال حافظ الدين النسفى فى تعريف العرف كما تقدم « العادة والعرف » . . . الخ » . وعرفها السيد الجرجانى فقال(١) :

« العادة هي ما استمر عليه الناس على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى » اهـ . وقد أخذ فى هذا التعريف شرط الاستمرار وفي العرف الاستقرار لأن العادة لا تسمى عرفاً إلا إذا استقرت كما اشترط العود إلى الشىء مرة بعد أخرى .

وعرفها صاحب « المنير الزاهر شرح المغنى فى الأصول » فقال(٢) :

هي عبارة عما يستقر فى النفوس من الأمور المتكررة عند الطباع السليمة » . وهذا التعريف قريب من تعريف النسفى والجرجانى للعرف . . . وقد نقله ابن نجيم فى الأشباه وفى « مشكاة الأنوار » .

وقد عرفها « على حيدر » فى شرحه لمجلة الأحكام العدلية « المادة ٣٦ » : « العادة محكمة » فقال : « العادة هى الأمر الذى يتقرر بالنفوس ويكون مقبولا عند ذوى الطباع السليمة بتكراره المرة ، على أن لفظ العادة يفهم منه تكرار الشىء ومعاودته بخلاف الأمر الجارى صدفة مرة أو مرتين ولم يعتده الناس فلا يعد عادة ولا يبنى عليه حكم والعرف بمعنى العادة » اهـ .

---

(١) التعريفات ص ٩٩

(٢) المنير الزاهر (مخطوط) ومشكاة الأنوار شرح المنار لابن نجيم .

وقد عرف القرافى العادة فقال(١) :

« إنها غلبة معنى من المعانى على جميع البلاد أو بعضها » .

ومن لاحظ من الفقهاء معنى المعاودة والتكرار فقط ، وأن العادة مأخوذة من المعاودة ، قال فى تعريف العادة : « هى الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية »(٢) .

وهذا التعريف لا يتعارض مع التعريفات السابقة لأن العادة مأخوذة من المعاودة وهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس والعقول ، متلقاة بالقبول من غير علاقة عقلية ولا قرينة حتى غلبت على معاملات الناس واطردت بينهم سواء فى جميع البلاد أو بعضها ولذا قال الفقهاء ، إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت .

٢) تعريف العادة عند علماء القانون :

عرف العادة الكاتبون فى أصول القانون بأنها :

« القواعد التى تعارف الناس على اتباعها فى معاملتهم والتى تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة بذاتها » اهـ .

كما ذكر بعضهم ، بأنها تنشأ من إعتياد الناس على نوع من السلوك دون الشعور بالإلزام ومن العادات ما يسمى بالعلاقات القانونية وتسمى العادات الاتفاقية ، وهى عبارة عن شروط يعتاد الناس عن اشتراطها فى معاملاتهم صراحة أو ضمناً وتستمد قوتها الملزمة من انصراف إرادة

---

(١) شرح التنقيح ص ١٩٨ ونقله الطرابلسى فى معين الأحكام ص ١٦١ وابن فرحون فى التبصرة جـ ٢ ص ٦٥

(٢) التقرير والتحبير جـ ١ ص ٢٨٢

المتعاقدين إلى العمل بمقتضاها ، فما سار عليه الناس واعتادوه فى معاملاتهم من غير أن يكون ملزماً لهم فيفعلونه متى شاؤا فهى العادة وركن الإلزام فيها أن يتفق الناس عليها فى معاملاتهم وتنصرف إليها نياتهم(١) .

(٣) الفرق بين العرف والعادة

١ — الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء :

لو نظرنا فى التعريفات التى تقدمت للعرف والعادة ، نجد أنه قد اشترط فى العرف الاستقرار وتلقى الطباع السليمة لما يعهد ويجرى بين الناس بالقبول وأن يقر الشارع ذلك الذى تعارفه الناس واستمروا عليه أولا يعارضه بحال ما .

كما جاء فى تعريف العادة عند بعض الفقهاء أنها ما تكررت مرة بعد أخرى لأنها مأخودة من المعاودة والتكرار .

وقد تقدم أن حافظ الدين النسفى قال فى تعريفه « العادة والعرف ما استقر فى النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول » . فجعلهما بمعنى واحد . وقد مشى على ذلك فى كتابه « كشف الأسرار شرح المصنف على المنار » . حيث قال : « تترك الحقيقة بدلالة العادة » ويفهم من كلامه أن المراد بها العرف القولى والعملى . كما يعبر أحياناً بالعادة وأحيانا بالعرف مما يدل على أنهما بمعنى واحد . إذ يقول :

« ومن حلف لايشترى أولا يأكل رأساً ينصرف يمينه إلى ما يتعارف بيعه فى الأسواق على حسب ما اختلفوا فيه وسقط غيره وهو حقيقة

(١) أصل القانون للسنهورى وأبو ستيت ص ٩٥ والمدخل للقانون والمدخل للعلوم القانونية ص ١٠٩

بدلالة العادة ، ومن حلف لا يأكل بيضاً اختص ببيض الدجاج والأوز للاستعمال فيه عرفاً ولا يختص ببيض الحمام والعصفور » (١) اهـ .

وكذلك مشى ابن عابدين ، على أن العرف والعادة بمعنى واحد إذ يقول فى رسالته « نشر العرف فى التعليق على تعريف صاحب التحرير للعادة » بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية . قلت « العادة مأخوذة من المعاودة فهى بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة فى النفوس ، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية . فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث الماصدق وأن اختلفا من حيث المفهوم. ثم العرف عملى وقولى ، فالأول كتعارف قوم أكل البر ولحم الضأن والثانى كتعارفهم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره (٢) اهـ .

وعلى ذلك فيكون عطف العادة على العرف فى قول الفقهاء . تترك الحقيقة بدلالة العرف والعادة « وأمثاله من باب المترادفين » .

وقد سار على هذا « على حيدر » فى شرحه المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية كما تقدم فيما نقل عنه فى تعريف العادة عند الفقهاء وسار على هذا أيضا صاحب « مرآة المجلة » (٣) .

وقد ذكر القرافى كما تقدم — فى تعريفه لفظ « العادة » ويقصد بذلك العرف كما يفهم من كلامه فى هذا الموضوع ، ويقول صاحب « حاشية التوضيح على التنقيح للقرافى عند قوله « وعندنا العوائد مخصصة للعموم »

---

(١) كشف الأسرار شرح المصنف على المنار وكلاهما لحافظ الدين النسفى جـ ١ ص ١٨٢ .
(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٥
(٣) شرح مجلة الأحكام العدلية لعلى حيدر (م ٣٦) ويوصف أصاف فى مرآة المجلة .

المراد بالعوائد العامة وهى ما غلب على الناس من قول أو فعل (١) . اهـ

فالفقهاء أجروا العادة فى الأقوال والأفعال معاً وجعلوا العرف والعادة بمعنى واحد وصرح ابن عابدين بأنهما من حيث الماصدق بمعنى واحد وإن اختلفا من حيث المفهوم .

هـذا وقد سـار بعض الفقهاء على التفرقة بين العرف والعادة منهم « صاحب التحرير » حيث ذكر أن المراد بالعادة العرف العملى ، والمراد بالعرف العرف القولى (٢) .

كذلك يقول صاحب « فصول البدائع فى أصول الشرائع » فيما تترك به الحقيقة : « وحصرها المشايخ فى خمسة » : ما بدلالة العرف قولا والعادة فعلا » (٣) .

وفى الحقيقة أن هـذه التفرقة غير معتبرة لأن استعمالات الفقهاء وتفريعهم المسائل يفيد أنهما بمعنى واحد من حيث ما يصدق عليه كل منهما .

قال الإمام الشاطبى — رحمه الله — فى ذكر العادات المتبدلة :

« منها ما يـكون متبدلا فى العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع فهو لذوى المروءات قبيح فى البلاد الشرقية وغير قبيح فى البلاد الغربية فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك (٤) . فيكون عند أهل المشرق قادحا فى العدالة وعند أهل

(١) شرح التنقيح ص ٩٤ وحاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات التنقيح للشيخ محمد الطاهر ابن عاشور جـ ١ ص ٢٤٨

(٢) التقرير والتحبير جـ ١ ص ١٨٢

(٣) الموافقات جـ ٢ ص ٢٩٨

(٤) التعبير بأن الحـكم الشرعى يختلف باختلاف العادة فيه نظر : لأن الحـكم الشرعى لا يختلف وذلك ان الحـكم الشرعى فى مثل هذا هو العدالة ومناط الحـكم هو مالا يخدش المروءة ، فحينما تحقق هذا المناط تحقق الحـكم الشرعى ، فكشف الرأس يخدش العدالة =

المغرب غير قادح ، ومنها ما يختلف فى التعبير عن المقاصد فتنصرف العبارة إلى معنى عبارة أخرى بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم وإما بالنسبة إلى الأمـــة الواحدة كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع فى صنائعهم مع اصطلاح الجمهور . اهـ

وقد ذكر صاحب « كشف الأسرار شرح أصول البزدوى » ما يشعر بأن العرف عند الإطلاق يشمل القول والفعل . وأما العادة فلا تشمل إلا الفعل عند إطلاقها ، وعلى هذا فلا ترادف إذا قال . « تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة » وإن كان بينهما عموم وخصوص (١) .

وقال صاحب التلويح : « أو عادة يشمل العرف العام والخاص وقد يفرق بينهما باستعمال العادة فى الأفعال والعرف فى الأقوال »(٢) اهـ .

ونخلص من ذلك إلى أن العرف والعادة بمعنى واحد إذا ما تحدث عنهما الفقهاء فى استعمالاتهم وبناء الأحكام عليهما وأن قولهم : « العادة محكمة والعرف كالشرط » فالمراد العادة والعرف الذى يعتبر فى بناء الأحكام الشرعية وحمل ألفاظ التصرفات عليه ، فالعرف الذى استمر والعادة التى استقرت فى النفوس لا وجه للتفرقة بينهما لأن العادة تنشأ بتكررها مرة بعد أخرى واستمرارها يجعلها تستقر فى النفوس فتسمى عرفاً إذا تلقته الطباع السليمة بالقبول واستحسنته العقول ، فالعرف إذا كان ناشئاً عن العادة فالعادة قبل أن تصير عرفاً بالاستمرار غير معتبرة وليست مرادة للفقهاء إذا ما تحدثوا عن العادة أو العرف المعتبر فى بناء الأحكام .

ولا يعترض على ذلك بأن عادة المرأة فى الحيض عادة بحدوثها مرة واحدة ، ومع ذلك اعتبرت فى ترتيب الأحكام الخاصة بالحائض عليها .

= عند أهل المشرق ولا يخدشها عند أهل المغرب فالحكم واحد وإنما الذى اختلف هو مناط الحكم . وهذا الذى ذكره الشاطبى مثالا للعرف فى زمنه ، وقد تبدل هذا العرف الآن

(١) كشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ ٢ ص ٩٦ ، ٩٨

(٢) التلويح على التوضيح جـ ١ ص ١٧٥

وذلك لأن هذه سميت عادة لمعاودة الحيض لها مرة بعد أخرى كما أنها لاتتخلف غالباً بعد حصولها مرة وفى حالة اضطرابها ترجع إلى عادة أقرانها .. كما أن العرف هو عادة أكثر القوم أو أغلبهم ولا تكون العادة عرفاً إلا إذا تعارفها أكثر القوم وغلبت على استعمالهم ولو كانت عادة فردية فى أصل نشأتها .

٢ — الفرق بين العرف والعادة عند علماء القانون :

يفرق علماء القانون بين العرف والعادة ، بأن العرف ملزم للعاقدين ولو كانا يجهلانه أما العادة فغير ملزمة إلا إذا ظهر أن قصد العاقدين هو إتباعها سواء كان القصد صريحاً أو ضمنياً مستفاداً من ظروف التعاقد كمكان العقد وزمانه . والغرض من التعاقد فالعادة ليست ملزمة بذاتها بخلاف العرف فإنه يستمد قوته الملزمة باعتباره قاعدة قانونية إلتزمت بها الجماعة . ككل القواعد القانونية التى هى طرق أو وسائل للتعبير عن إرادة الجماعة وعلم ذلك من رضى المجتمع بالعرف من حيث أن نشوء العرف واستقراره يدل على رضى الجماعة به . ولذلك جرى إصطلاح القانونيين على التفرقة بين العرف والعادة كما فى التعريفات التى تقدم ذكرها حيث جاء فيها « أن العرف قواعد لها جزاء قانونى — أو اعتياد نوع من السلوك مع الإعتقاد بأنه ملزم ، ومخالفته تستتبع جزاء مادياً جبراً » .

وقالوا فى العادة أنها تخضع لتفسير العاقدين لها دون أن تكون ملزمة بذاتها « وترتب على ذلك أن العرف يفترض العلم به ولايقبل الإعتذار بجهل أحكامه لأنه ملزم باعتباره قاعدة يجب إتباعها أما العادة فتخضع لإرادة العاقدين » .

وهذا يمكن رده إلى ما قاله الفقهاء فى العرف والعادة المعتبرين فى بناء

الأحكام، فإن العادة كما تقدم إذا تكررت مرة أو مرتين ولم تستقر فى النفوس ولم يجر بها عمل فانها غير معتبرة وغير ملزمة أما إذا استمرت واستقرت فى النفوس وجرى عمل الناس بها فهذا هو العرف المعتبر أو العادة المعتبرة عند فقهاء التشريع الإسلامى .

ويقول الأستاذ السنهورى وأبو ستيت(١): «وإذا كنا نقول بوجوب التفرقة بينهما فلا يفهم من ذلك أن الإنفصال بينهما تام بل بالعكس هما متداخلان إذ كثيراً ما تتحول العادة إلى عرف بأن تستقر بعض العادات حتى تصبح قاعدة عامة فى محيط معين ، وبعد ذلك يزداد انتشارها فى هذا المحيط إلى حد أن يفترض وجودها فى كل اتفاق وحينئذ تقترب من العرف بل لا يكون بينهما سوى خطوة واحدة بأن تنفصل تماماً عن إرادة الأفراد لتصير قاعدة عامة مجردة محتوية على عنصر الإلتزام وتصبح قانوناً كالقانون المكتوب سواء بسواء» اهـ .

ويقول الدكتور حسن كيرة(٢) : «ومهما يكن من أمر الفرق بين العرف والعادة فالثابت أن العادة تنتهى فى كثير من الأحيان إلى أن تصير عرفاً حينما تحل إرادة جماعية مشتركة محل الإرادات الفردية فى التقيد بها أى حينما ينفصل الإلزام الذى يصاحب العادة عن إرادة المتعاقدين ليصبح إلزاماً عاماً يقوم على عقيدة عامة فى وجوب احترام السنة التى تجرى بها العادة ووجوب كفالة هذا الإحترام بقوة الجماعة أو الدولة فتصبح العادة بذلك قاعدة قانونية ، ملزمة بذاتها ترصد الدولة أو الجماعة قوتها على كفالة احترامها ومراعاتها» اهـ .

---

(١) أصول القانون ص ١٠٠

(٢) من المدخل للعلوم القانونية ص ٢١٣

وعلى ذلك فالقاضى باعتباره مكلفاً بتطبيق القانون ملزم بتطبيق العرف من تلقاء نفسه ولو لم يطالب الخصوم ذلك أو يتمسكوا به ، وأما العادة فيجب على ذوى المصلحة التمسك بها حتى يمكن للقاضى أن يطبقها . وقد جاء فى المادة الأولى من القانون المدنى المصرى (الفقرة الثانية) « أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف » . وقد قال فقهاء الشريعة الإسلامية « إن ماجاء من الأحكام مطلقاً فإنه يرجع فيه إلى العرف » .

وأما من حيث الإثبات فالعرف باعتباره قاعدة قانونية المفروض فى القاضى العلم به أما العادة فيقوم بإثباتها من يتمسك بها كما يرجع القاضى إذا كان العرف خاصاً بمهنة إلى أهل هذه المهنة . ومثال هذا ماذكره ابن حجر فى فتح البارى والعينى فى عمدة القارى(١) :

« أن شريحاً القاضى قال للغزاليين لما ترافعوا إليه سنتكم بينكم »(٢).

كما ذكر علماء القانون أن عدم مراعاة القاضى للعرف يخضع لرقابة محكمة النقض — وهى الرقيبة على صحة تطبيق القانون — إذ العرف قانون خلافاً للعادة التى لا تخرج عن أن تكون مجرد واقعة لقاضى الموضوع الرأى فيها .

هذا مجمل ماقاله علماء القانون فى التفرقة بين العرف والعادة ويفهم منه

---

(١) فتح البارى ج ٤ ص ٣٢١ ، وعمدة القارى ج ١٢ ص ١٦

(٢) هو شريح بن الحارث الكندى ولى قضاء الكوفة فى عهد عمر بن الخطاب واستمر قاضياً عليها إلى عهد عبد الملك بن مروان فطلب أن يعفى من القضاء فأعفى منه ، وكان قد تركه ثلاث سنوات أثناء الخلاف بين عبد الله بن الزبير وبنى أمية . ومات رضى الله عنه مابين سنة ٧٨ ، ٨٠ هـ عن مائة وعشرين سنة .

أن التفرقة بينهما فى حالة عدم استمرار العادة أو استقرارها حتى تصير عرفا ملزماً — وهو ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية كما أشير إلى ذلك فيما تقدم — وقد قال الفقهاء « العادة محكمة والعرف كالشرط » ، وقال علماء القانون « العرف ملزم بذاته وهو قاعدة قانونية » . وأما العادة التى لم تصر عرفاً فانها ملزمة إذا اتفق عليها العاقدان عند الفقهاء وعند علماء القانون وهى التى يسمونها بالعادة الإتفاقية(١) .

(٤) العرف والتقاليد

يقول علماء الاجتماع : إن العرف : هو ما أجمعت العقلاء على الرضا به من بعض الأحوال الاجتماعية ، كما يطلقونه على ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضاً سواء أكان ذلك مصدره العقل أو الغريزة أو الصدفة والاتفاق .

فالتعريف الأول قريب من تعريف الفقهاء للعرف حيث ذكروا فيه تلقى الطباع السليمة له بالقبول — كما تقدم .

أما إطلاقه على ما يتابع الناس فيه بعضهم بعضاً فإن الناس قد يتعارفون بعض الأحوال التى لا يقرها عقل سليم ولا طبائع سليمة ويعتبرها علماء الاجتماع عرفاً ، وهذا عرف فاسد غير معتبر عند الفقهاء .

أما العادة فقالوا : هى مجموعة من الأفعال الاجتماعية بالممارسة أخذت

---

(١) يرجع فى ذلك مع ماتقدم : المذكرة التمهيدية القانون المدنى فى المادة الأولى والمواد ١٥٠ ، ٤٣٢ ، ٤٦٤ وغيرها ، ماتقدم فى تعريف العرف وما يأتى فى شروط اعتبار العرف .

قوة اجتماعية ويمكن التمييز بين الفردى منها وهى المتعلقة بشخص الإنسان وهى عادة محدودة النطاق ، والأثر وإذا تطرقت إلى المجتمع وكان لها أثر اجتماعى أصبحت ينظر إليها باعتبار ذلك الأثر وهى العادات الجمعية ذات الأهمية ومن صفاتها العموم والانتشار .

والعرف يختلف عن العادة لأن تحديده مرتبط بالناحية العقيدية وهذا يعطيه قوة فى مبلغ تمسك المجتمع به وهو ما يجعل العرف يصل إلى قوة القانون .

أما التقاليد : فهى مجموعة من الأفعال : « تشبه العادات » ولكنها تختلف عن العادة فى أنها متعلقة بمجتمعات محلية وهى عادة طبقية مثل الأخذ بالثأر مثلا .

وتختلف التقاليد عن العرف فى أنها ليست لها ارتباط بالناحية العقيدية وإن كانت بعض العادات فى الجاهلية ترتبط بناحية عقيدية « كالأخذ بالثأر » .

والتقليد : هو انتقال الشىء من جيل إلى جيل كما يكون من فرد إلى غيره ، فانتقال العرف أيضاً من جيل إلى آخر تقليد ، حتى إذا استقر بعد فترة طويله وثبت فى المجتمع أصبح يطلق عليه « العادة » أو « العرف » .

والتقليد يفترض فيه وجود جماعة منظمة ووجود استمرار واتصال بين الأجيال المتعاقبة داخل الجماعة ، وعلى هذا يمكن القول : بأن كل عناصر الحياة الاجتماعية ترجع إلى التقاليد ويفرق بعض علماء الاجتماع بين العادة والتقليد فيعتبرون السلوك الخاص هو العادة وحيث يشترك الجميع فى فعل شىء معين استمروا عليه فهو التقليد ثم يصيره هذا التقليد

عرفاً باستقراره واطراد العمل به كما ذكر فى تعريف العرف عند علماء القانون .

فالعادات والتقاليد ليست إلا إطارات للسلوك والاعتقاد للأفراد الكائنين فى جماعة ما من الجماعات بحيث لا يسمح الأفراد الخروج أو التصرف فيها تصرفاً يتنافى معها وهى تمثل ما ارتضاه المجتمع بعد تجارب مرت به وبعد مرور زمن كاف جعلها تكتسب احتراماً خاصاً .

و نفهم من ذلك إلى أن العرف والتمسك به هو آخر مرحلة لتطوير التقاليد واستمرارها فهى تبدأ بعمل قام به إنسان أو جماعة ثم قلدهم فيه الغير أو تكرر حتى أصبح عادة استمر الناس عليها واستقرت فى النفوس بعد استحسانها ، وقد ينشىء هذا التقليد أعرافاً حسنة أو أعرافاً غير حسنة ومع ذلك له أثر فى المجتمع يصل به أحياناً إلى قوة القانون وخاصة فى المجتمعات البدائية .

والبواعث التى أنشأت التقليد وعملت على استمراره حتى أصبح عادة ثم عرفاً إما بواعث خارجية كظهور مصلحة من شىء أثناء القيام به لأول مرة أو أمر من إنسان تجب طاعته ، أو عمل من الأعمال التى تدعو إليها البيئة الطبيعية والحياة الاجتماعية ، وذلك عندما يصادف هوى فى النفوس يجعلها على استعداد لقبوله ويصبح متعارفاً بين أفراد المجتمع ، وليس بشرط أن يطرد العمل به فقد يتعارف الناس على أمرين متضادين وهذا هو العرف المشترك .

كما يجرى التقليد واتباع الغير فى الأفعال يجرى فى الأقوال وذلك لأن الانسان مدنى بطبعه ومحتاج لى أن يوجد فى جماعة يعاونهم ويعاونونه فهو مضطر إلى أن يشاركهم فى أعمالهم وأقوالهم ولذلك وجدنا الأساليب

اللغوية تختلف باختلاف الطوائف وأرباب الحرف ، وكذلك تختلف من بيئة لأخرى ، حتى تصبح هذه الأساليب المصطلح عليها حقائق عرفية بعد أن يتداول اللفظ ويتبادر معناه إلى الفهم عند الإطلاق .

ونخلص من ذلك إلى أن التقليد هو سبب العرف فى أحيان كثيرة مهما كان سبب نشأته ، والتقليد للغير قد يكون عن إدراك ووعى وفهم لما قلد المرء فيه غيره أو قلدت فيه الجماعة غيرها أو قلد جيل الجيل الذى سبقه فى أمر ما حتى استقر فى النفوس وتلقته الطباع السليمة بالقبول من بعض الأحوال الاجتماعية — وهذا هو ما يعتبره علماء التشريع ولا يختلفون مع غيرهم فى اعتباره . أما التقليد الأعمى للسابقين أو غيرهم فإن هذا هو ما يعارضه أهل الإصلاح وأصحاب الدعوات (١) .

(٥) سلطان العرف والعادة فى المجتمع

إن الأعراف والعادات التى تستند إلى قبول عام ويكون سببها أموراً عرضت أو منفعة ظهرت من القيام ببعض الأعمال والتجارب أو رغبة عامة فى النظام والعدالة التى ارتضاها المجتمع واستمر الناس عليها فإنها بعد زمن يصبح لها احترامها وسلطانها ولا يستطيع أحد مخالفتها والخروج عليها يعتبر خروجاً على الجماعة فتنزل بالخارج عليها أقسى العقاب أو يجد فيه لوما وحرجا شديداً .

وكل جماعة نجد لها مجموعة من الأعراف والعادات أو الرسميات والشكليات المتبعة فى كثير من شئونها ولا سيما ما يسمى فى العصر الحديث

(١) يراجع فى ذلك كنز العلوم واللغة ص ٦٦٥ وكتب علم الاجتماع والأخلاق فى بحث العرف والعادة .

بنظام « البروتوكول » وهذه النظم ليست إلا شكلا مجسما من العادات والتقاليد ، وهذه الشكليات تساعده على تكوين عادات وتقاليد جديدة أو تضمن استمرار العادات والتقاليد القديمة أو إحيائها .

وقد كان العرف والعادة فى المجتمعات القديمة هو القانون الذى تسير عليه الجماعة حيث كانت العلاقات الاجتماعية مبسطة والمصالح المشتركة قليلة وكان الجميع على علم بعادات الجماعة وتقاليدها التى توارثوها سلفاً عن خلف بطريق التلقين وبخاصة من المسنين فى المجتمع ، وأصبحت العادات بهذه الصفة من ضروريات الحياة التى لا يستغنى عنها ، كما أصبحت بحيث يعسر تركها والخروج عليها ومن هنا قالوا : « العادة طبيعة ثانية » يعنون بذلك أن لها من القوة ما يقرب من الطبيعة الأولى ، وهى ما ولد عليه الانسان وفطر عليه منذ خروجه من بطن أمه ، فكل إنسان خرج إلى هذا العالم كآلة مجهزة بكثير من الأدوات عين تبصر وأذن تسمع ومعدة تهضم ، وغرائز فطرية وهكذا . فهذا الذى ولد عليه وورثه عن آبائه وأجداده هو طبيعته الأولى ، ولها سلطان كبير على الانسان فلو حاول أن يبصر بأذنه ويسمع بعينه ما استطاع فهو لا بد خاضع لسلطانها .

كذلك للعادات والعرف سلطان كبير يقرب من سلطان الطبيعة الأولى للانسان ، ولذا نجد كثيراً من الناس يقعون ضحية العادات والتقاليد فهم عبيد أذلاء بخضوعهم لها . وأحياناً كثيرة لا يؤمن الناس بفائدة هذه العادات والتقاليد لهم أو لغيرهم ويعتقدون فى ضررها ، ومع ذلك تتبع خوفاً من اللوم كما يحدث فى المآتم والأفراح مما جرى به العرف الفاسد .

يقول علماء الاجتماع « إن المجتمع السعيد حقاً هو ذلك المجتمع الذى يوجد من بين أفراده لا سيما المستنيرين منهم من يوجه المجتمع إلى العادات

والتقاليد التي أصبحت لا تلائم روح العصر وذلك أن العادات والتقاليد كـكل نمط اجتماعي ، إنما تقوم لتلأ وظيفة اجتماعية معينة ولكن بمرور الزمن وبحكم التطور الاجتماعي تتغير هذه الوظيفة أو تزول نهائياً ، وتبقى العادة أو التقليد كما هو بلا تغير ولا تحوير وقد تنقضي فترة طويلة قبل أن ينتبه العقل الجمعي إلى عدم التناسب الموجود بين العادة أو التقاليد والوظيفة التي وجد من أجلها وهـذا يؤدي إلى تكوين المشكلات الاجتماعية ، فإذا شعر المستنيرون بهذا الوضع غير المتناسب فيجب أن يوجهوا النظر إليه» (١) اهـ .

ولكن هذه العادات والتقاليد قد يكون من الصعب تغييرها وتحتاج إلى جهد ومشقة لأهميتها في نظر المتمسكين بها ، ومعارضتهم للداعي إلى تركها ، وسبب ذلك في الغالب هو التقليد الأعمى للسابقين وغيرهم ، والدارس للتاريخ الاسلامي وغيره من الأديان يدرك مبلغ تأثير التقليد في حياة الأمم والشعوب ، فالإسلام تصدى لدعوته المتمسكون بعادات الآباء والمقلدين التقليد الأعمى لأسلافهم دون فهم أو إدراك .

وكذلك من ينظر إلى المجتمعات المعاصرة يجد أن النفوس قد سارت بعد أن تركت عقالها وركبت رأسها تقلد غيرها أو يقلدها غيرها في كل شيء نافع أو ضار لأن العاطفة الدينية قد ضعفت ، وهي القوة المعنوية العليا التي تستطيع تعديل هذه الانحرافات وهذا التطرف . وقد يذهب الناس مذاهب متعددة في علاج هذا الانحراف والتخلص منه ، ولكن الذي يتعمق في دراسة الطبيعة الانسانية يجد أن التربية الدينية هي خير ما يعالج به هـذا الانحراف وأنه لا يوجد أقوى منها تأثيراً في النفوس وتقويماً لها .

(١) أسس علم الاجتماع للدكتور حسن شحاته سعفان ص ٢٦٧ وما بعدها .

والعقيدة الدينية إذا كانت قد ضعفت فى النفوس وظن الدهماء أن ما طبعت عليه من أمور تقليدية هو سبب ضعفها فهذا خطأ محض ، لأن الدين الاسلامى ينعى على التقليد والمقلدين ويدعو إلى النظر وإعمال العقل والفكر فى أمور الحياة ويبنى عقائده وشرائعه على الحق والدليل القوى المتين ، ويقوم هذا كله على أسلوب يفوق الأسلوب العلمى الحديث فى سمو أصوله ودقة تمحيصه .

وقد عمل الاسلام على تذليل عقبة التقليد الأعمى فعالج ذلك فى ألوان متعددة من البيان والتدليل بحيث لايدع لأحد مجالا للتضليل أو التعطيل، وقد صور القرآن الكريم مدى قسوة العرف والتقليد وسلطانه على النفوس فقال :

« وإذا قيل لهم اتبعوا ما أنزل الله قالوا : بل نتبع ما ألفينا عليه آباءنا أو لو كان آباؤهم لا يعقلون شيئاً ولا يهتدون » (١) .

وقال تعالى : « وإذا قيل لهم تعالوا إلى ما أنزل الله وإلى الرسول قالوا : حسبنا ما وجدنا عليه آباءنا أولو كان آباؤهم لا يعلمون شيئاً ولا يهتدون» (٢) .

وقد لقى رسول الله ﷺ من قومه بسبب جمودهم على عادات الآباء وتقليدهم الأعمى لهم عنتاً شديداً وآذوه ومن آمن معه أذى كثيراً .

وأخذ الإسلام يوقظ فيهم العقل ويدعوهم إلى النظر فى مصائر غيرهم وأنهم يقلدون من غير علم ولا هدى ولا كتاب منير .

---

(١) سورة البقرة ص ١١٧

(٢) سورة المائدة ١٠٤

ومراعاة لسلطان العادة على النفس وفى المجتمع كانت الشريعة الاسلامية تتبع التدرج فى تشريع الأحكام حتى يتخلص الناس مما ألفوه من مساوىء شيئاً فشيئاً .

روى البخارى عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : « إنما نزل (من القرآن) أول ما نزل سورة من المفصل فيها ذكر الجنة والنار حتى إذا ثاب الناس إلى الاسلام نزل الحلال والحرام ولو نزل أول شىء لا تشربوا الخمر لقالوا : لا ندع الخمر أبداً ولو نزل لاتزنوا لقالوا : لا ندع الزنا أبداً » اهـ .

وإذا كان للعرف هذا السلطان ، وهذه القوة فالواجب عند حدوثه ونشأته ، وقبل تمكنه فى النفوس أن ينظر إليه العلماء والفقهاء . فإن كان صحيحاً تقره قواعد الشرع ويتفق مع مقاصده العامة ساعدوا على ذيوعه وانتشاره طالما كان فيه تحقيق مصلحة للمجتمع ، وإذا كان فاسداً لا يقره الشرع فيجب بيان ذلك للناس ومحاربته ومكافحته مع بيان ما هو الصحيح من أحكام الشرع وأوامره ونواهيه ليكون الناس على بصيرة من أمرهم حتى لا ينحرفوا أو يضلوا فى متاهات البدع والأهواء .

وتلك هى طبيعة الاسلام ، فقد كان للعرب فى الجاهلية أعراف وعادات ساروا عليها فى حياتهم الاجتماعية وفى معاملاتهم المدنية، ولها من السيطرة والتمكن من النفس ما لها ، فنظر إليها الإسلام فأقر الصالح منها لبناء المجتمع وغير أو ألغى ما كان فاسداً . وعرف العرب فى الجاهلية كثيراً من ضروب المعاملات ، كالبيع ، والرهن والشركة والمضاربة والإجارة والسلم ، وقد أقر الإسلام ما كان منها صالحاً لبقاء فى ظل الشريعة الإسلامية وحرم وألغى ما كان غير صالح منها ومن هذا الذى حرمه

الإسلام ، العقود التى تؤدى إلى الغرر والمشاحنات وأكل أموال الناس بالباطل كما أقر من العقود الشركة والمضاربة وغيرهما مما ليس فيه غرر ولا يؤدى إلى مشاحنة .

فقد روى الإمام أحمد وأبو داود وابن ماجه — رضى الله عنهم — عن السائب المخزومى — رضى الله عنه — أنه كان شريكا للنبى ﷺ قبل البعثة فجاء يوم الفتح فقال ﷺ مرحباً بأخى وشريكى كان لا يمارى ولا يدارى .

وقال ابن هشام وهو يتحدث عن زواج الرسول ﷺ بخديجة بنت خويلد وكانت امرأة تاجرة ذات شرف ومال تستأجر الرجال فى مالها وتضاربهم إياه بشىء تجعله لهم (١) .

وقد أقر الإسلام هذه العقود لأنها صالحة لقيام الحياة العملية ثم وضع الفقه قواعدها وشروطها وحدودها ليكون الغرض منها مصلحة العاقدين معاً فى حدود الشرع .

وما كان من العقود فاسداً كالربا وبعض أنواع النكاح التى تعارفها العرب فى الجاهلية ألغاه ، فقد روى الامام البخارى عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : « إن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء . فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها ، ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها — أى حيضها — : أرسلى إلى فلان فاستبضعى منه ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل ، ونكاح آخر يجتمع الرهط

---

(١) سيرة ابن هشام جـ ١ ص ٢٠٢

(ما دون العشرة) فيدخلون على المرأة كلهم يصيبونها فإذا حملت ووضعت ومرت ليال بعد أن تضع أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم: قد عرفتم الذى كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان تلحقه بمن أحبت فلم يستطع أن يمتنع . ونكاح رابع : يجتمع كثير من الناس فيدخلون على المرأة فلا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا ينصبن على أبوابهن الرايات فمن أرادهن دخل عليهن فإذا حملت إحداهن ووضعت حملها ، ودعوا لها القافة فألحقوا ولدها بالذى يرون فالتاط به (أى التحق به) ودعى ابنه لا يمتنع منه ، فلما بعث النبى ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية إلا نكاح الناس اليوم (١) .

وهذه الثلاثة الأخيرة هى ما يسمى بنكاح الاستبضاع ونكاح الأخدان أو تعدد الأزواج ونكاح البغايا أو الإباحة المطلقة ، كذلك حرم الإسلام نكاح « المقت » وهو زواج الرجل زوجة أبيه ، ونكاح المتعة والشغار وجعل عدد الزوجات أربعاً بعد أن كان ليس لهن عدد معين .

والإسلام فى إبقائه على الصالح من الأعراف والعادات كان يهدف إلى صلاح المجتمع وكذلك فى تغييره للفاسد . كذلك راعى العرف الصالح فى بناء الأحكام وجعل له اعتباراً كما سيأتى .

---

(١) البخارى كتاب النكاح باب من قال لا نكاح إلا بولى ونيل الأوطار ج ٦ ص ١٥٦

(٦) العرف بين الحقيقة والمجاز

الحقيقة فى اللغة : هى ذات الشىء اللازمة له من حق إذا ثبت ولزم .

وفى الاصطلاح: هى اللفظ المستعمل فيما وضع له فى اصطلاح التخاطب .

والمجاز فى اللغة : مشتق من الجواز الذى هو التعدى والعبور . تقول : جزت المكان الفلانى ، أى عبرته .

وفى الاصطلاح : هو اللفظ المستعمل فى غير ما وضع له أولا فى اصطلاح التخاطب .

والحقيقة ثلاثة أقسام :

١ — حقيقة لغوية وفى مقابلها مجاز لغوى .

٢ — حقيقة شرعية وفى مقابلها مجاز شرعى .

٣ — حقيقة عرفية وفى مقابلها مجاز عرفى .

والحقيقة اللغوية هى أصل هذه الحقائق الثلاث لأن اللفظ وضع أولا للمعنى اللغوى ثم جاء الشارع فنقل ألفاظاً كثيرة ليؤدى بها المعنى الشرعى المراد مع وجود علاقة بينه وبين المعنى اللغوى ، كما نقل أهل العرف العام أو الخاص بعض الألفاظ واستعملوها فيما تعارفوه بينهم ، فأصبحت هذه الألفاظ مجازاً فى اللغة وحقيقة شرعية أو عرفاً شرعياً ، وحقيقة عرفية أو عرفاً فى الاستعمال عاماً أو خاصاً .

هذا وقد اختلف فى وقوع الحقيقة الشرعية :

فاتفق الجمهور على أنها واقعة منقولة عن معانيها اللغوية .

وذهب القاضى أبو بكر الباقلانى إلى القول بمنع الحقائق الشرعية . وقال «إن الشارع لم يستعمل الألفاظ إلا فى حقائقها اللغوية ، فالمراد بالصلاة المأمور بها هو الدعاء ، ولكن أقام الشارع أدلة أخرى على أن الدعاء لا يقبل إلا بشروط أخرى مضمومة إليه » (١) .

وقد قال ابن الحاجب : إن الألفاظ التى استعملها الشارع مجازات لغوية ثم اشتهرت فصارت حقائق شرعية .

وقد ثبتت الحقائق الشرعية بالاستقراء لأننا لما استقرأنا لفظ الصلاة والزكاة والصيام والحج وجدناها استعملت فى لسان الشرع للعبادات .

فالصلاة اسم للدعاء ثم سمى بها العبادة المعلومة مجازاً فى اللغة وحقيقة شرعية أو عرفاً شرعياً سواء كان فيها دعاء أو لم يكن كصلاة الأخرس حيث أنها شرعت لذكر الله تعالى .

قال الله تعالى : « وأقم الصلاة لذكرى » أى لتذكرنى فيها . وكل ذكر دعاء فإن من قال الله أكبر صح أن يقال دعاء الله تعالى .

والحج فى اللغة القصد ثم صار اسماً لعبادة معلومة مجازاً فى اللغة وعرفاً شرعياً . وكذلك العمرة فهى فى الأصل الزيادة ثم صارت اسماً لزيارة مخصوصة بشرائطها وأركانها المعلومة شرعاً ، والزكاة فى الأصل « النماء ثم صارت إسماً للمعنى الشرعى . وهو أداء بعض المال النامى بوجه مخصوص أتت به الشريعة ، والصوم فإنه فى اللغة مطلق الإمساك وفى الشريعة خصص بنوع من الامساك» (٢) .

---

(١) يراجع الأسنوى على المنهاج ج ١ والأحكام للامدى ج ١ ص ٤٨ ط دار المعارف .
(٢) يراجع ابن الحاجب ج١ ص ١٣٧ والآمدى ج ١ فى الحقيقة والمجاز وشرح المحلى على =

وذكر الإمام القرافى - رضى الله عنه - فى نفائس الأصول نقلا عن التبريزى قوله : « ومن الدليل على العرف الشرعى قوله عليه الصلاة والسلام — الطواف بالبيت صلاة ، وقوله فى الصلاة ونحوها تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ، وقوله : « الذكاة ما أنهر الدم وفرى الأوداج حمل هذه على المسمى اللغوى يفسد الكلام ويصيرة خلقا فتعين الشرعى (١) وإذا ثبتت الحقائق الشرعية فتحمل عليها الألفاظ الشرعية . مثال ذلك : احتجاج المالكية على أن المحرم لا يتزوج فى حال إحرامه بقوله ﷺ لا ينكح المحرم ولا ينكح « وفى رواية ولا يخطب »(٢) .

وقال الحنفية : المراد بالنكاح الوطء وإذا كان المراد به الوطء دل الخبر على حرمة الوطء على المحرم لا على حرمة العقد .

وأجاب المالكية : إن إطلاق النكاح على الوطء مجاز شرعى وعلى العقد حقيقة شرعية وحمل اللفظ على حقيقته الشرعية أولى من حمله على المجاز الشرعى .

ويؤيد ما ذهب إليه المالكية قول إبن ملك فى شرح المنار وإبن نجيم فى مشكاة الأنوار وغيرهما من فقهاء الحنفية : « ومتى أمكن العمل بالحقيقة سقط العمل بالمجاز لكونه عنها يعارضها فهو متفرع على كونه خلفاً عنها » (٣) اهـ .

= جمع الجوامع ج ١ ص ٢٢٦ وشرح البزدوى ج ٢ ص ٩٥ وكشف الاسرار للنسفى ج١ ص ١٨٢ والتقرير والتحبير ج ٢ ص ٢ ، ٣ « وتحرير المنقول وتهذيب علم الأصول » لعلاء الدين المرداوى الحنبلى « مخطوط » ورقة ٥ ، ٦ والابهاج شرح المنهاج للسبكى

(١) نفائس الأصول شرح المحصول للقرافى ، مخطوط ج ١ ك ٢٠ « الخلق البالى ومنه قولهم ثوب خلق أى بال »

(٢) أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه

(٣) شرح المنار لا بن ملك ص ١٠٨ ومشكاة الأنوار ص ١١٧ وما بعدها والتقرير والتحبير ج ٢ ص ١٠ ، ١١ ومفتاح الوصول فى ابتغاء المفروع على الأصول ص ٧٥ ، ٧٦

وأما الحقيقة اللغوية : فمثالها ما احتج به الشافعية وابن حبيب من المالكية على أن خيار المجلس مشروع وذلك بقوله — ﷺ — البيعان بالخيار ما لم يتفرقا . فقال المالكية والحنفية : إنما المراد بذلك المتساومان وإفتراقهما هو بالقول — أى وهما فى حال تساومهما بالخيار ما لم يبرما العقد (يمضياه) ، فإذا أمضياه فقد إفترقا ولزمهما العقد وقد يطلق إسم الشيء على ما يقاربه كقوله — ﷺ — لا يبيع أحد على بيع أخيه ولا ينكح على نكاحه : وإنما المراد بالبيع السوم وبالنكاح الخطبة لأن السوم وسيلة للبيع والخطبة وسيلة للنكاح ، وجاء فى بعض روايات الحديث « لا يسوم أحدكم على سوم أخيه ولا يخطب على خطبته »(١) .

وأجاب الشافعية : إن إطلاق المتبايعين على المتساومين مجاز وإطلاق التفرق على تمام العقد مجاز والأصل فى الكلام الحقيقة فيرجح العمل بها لأنها الأصل .

أما الحقيقة العرفية : وهى ما اشتهر فيه المجاز على الحقيقة اللغوية ، فمثالها : ما إذا قال الزوج لزوجته : أنت طالق وقال : أردت من وثاق فإن الطلاق بمعنى الإطلاق وهو حقيقة لغوية فى الحل من وثاق أو غيره وقد أصبح هذا اللفظ حقيقة عرفية فى حل عصمة النكاح مجازاً فى حل الوثاق ، وحمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من المجاز .

ومن ذلك ما احتج به المالكية ، من أن البكر يجبرها أبوها على النكاح وذلك بقوله : — صلى الله عليه وسلم — « لا تنكح اليتيمة حتى

---

(١) البخارى ومسلم .

تستأمر ، واليتيمة هى التى لا أب لها فمفهومه أن غير اليتيمة وهى ذات الأب : تنكح من غير استئمار .

فيقول المخالف : اليتم فى اللغة هو الإنفراد ولذلك يقال المنفرد : يتيم . ومن لا نظير له يتيم ، وإذا ثبت ذلك فقد يكون المراد باليتيمة هى التى لا زوج لها وإذا أريد به التى لا زوج لها لم يكن فى الخبر دليل .

وأجاب المالكية :

« إن عرف اللغة فى اليتيمة أنها التى لا أب لها ، وهذا المعنى هو المراد من قوله تعالى « وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح »[1] وقوله تعالى : « ولذى القربى واليتامى »[2] وهذا المعنى هو المشهور عند أهل العرف وإذا كان كذلك حمل على الحقيقة العرفية وحمل اللفظ على حقيقته العرفية أولى من حمله على المجاز العرفى .

وهنا وافق العرف اللغة وقد زاد ذلك من اعتبار الحمل على العرف وقد قال الفقهاء : إن الحقيقة العرفية مقدمة على الوضع اللغوى — أى الحقيقة اللغوية — أو عرف اللغة . ومثال ذلك ما قاله « صاحب تكملة فتح القدير » فى باب الوكالة : « الوكيل بالتقاضى يملك القبض على أصل الرواية لأنه فى معناه وضعاً والعرف قاض على الوضع — أى راجح عليه — لأن وضع الألفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع له بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية لتسارع أفهام الناس إليه ، والفتوى على أنه لا يملك الوكيل بالتقاضى القبض بناء على

---

(١) سورة النساء : ٦

(٢) سورة الحشر : ٧

العرف»(١) اهـ. وقال القرافى : «إذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة»(٢) .

٣ – هل يمكن الجمع بين الحقيقة والمجاز ؟

إذا كان للفظ معنى حقيقى ومعنى مجازى مثل الأسد يراد به الحيوان المفترس ، والرجل الشجاع : الأول من حيث أنه موضوع له . والثانى متعلق به بنوع علاقة . فإذا قيل لا تقتل الأسد فهل يكونان مقصورين بالحكم فيجمع بين الحقيقة والمجاز .

قال ابن نجيم فى مشكاة الأنوار : «إن اللفظ بالنظر إلى هذا الإستعمال مجاز وهو محل النزاع فعند الحنفية لا يجمع بين الحقيقة والمجاز وعند الشافعى هو جائز بقيد كونهما مرادين» اهـ .

وذلك إذا جاز اجتماعهما وأما إذا كانا متضادين ولا يمكن اجتماعهما معاً فلا يقول به الإمام الشافعى رضى الله عنه .

يقول الزنجانى(٣) : «إذا دار اللفظ بين الحقيقة والمجاز جاز أن يكون كلاهما مراداً عند الشافعى — رضى الله عنه — واحتج فى ذلك بأن واحداً من المعنيين جائز أن يكون مراداً باللفظ حالة الإنفراد فجاز أن يكون مراداً به حالة الإجتماع كلفظ الجون واللون» .

وقال أبو حنيفة — رحمه الله — لا يجوز إدارة الحقيقة والمجاز فى حالة واحدة بل إذا صارت الحقيقة مرادة خرج المجاز عن كونه مراداً ،

---

(١) الأحكام للقرافى ص ٧٠

(٢) يراجع مع ما سبق «منتهى الإرادات» فى فقه الحنابلة ج ٣ ص ٤٣٧ والمغنى لابن قدامه ج ٤ باب البيع وتكملة فتح القدير «باب الوكالة» والشرح الكبير مع حاشية الدسوقى عليه ج ٢ باب النكاح وج ٤ باب البيع والمجموع للنووى ج ٩ ص ١٩٦ وما بعدها .

(٣) تخريج الفروع على الأصول ص ١٨

وإذا صار المجاز مراداً خرجت الحقيقة عن كونها مرادة ، واحتج فى ذلك بأن حد الحقيقة استعمال اللفظ فيما وضع له والمجاز على الضد منه ويستحيل إرادة الشىء وضده بلفظ واحد فى حالة واحدة » .

ولا نزاع فى جواز استعمال اللفظ فى المعنى المجازى العام الذى يكون المعنى الحقيقى فرداً من أفراده وهو المعبر عنه بعموم المجاز كما أنه لا نزاع فى امتناع استعماله فى المعنى الحقيقى والمجازى بحيث يكون اللفظ بحسب هذا الإستعمال حقيقة ومجازاً .

وفرع الفقهاء على استحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز . من أنه إذا أوصى الموصى لأبنائه بأن قال : أوصيت لأبنائى بكذا فإنه لايدخل أبناء الأبناء ويختص بأبنائه لصلبه لأنه الحقيقة ولأن أبناء بنيه مجاز فلا يراد معهما لامتناع الجمع . وهذا رأى الإمام أبى حنيفة — رحمه الله تعالى — وقال الصاحبان — رضى الله عنهما — ومن وافقهما : « إن العرف أطلق الأبناء على الفريقين ، أبناء الصلب وأبناء الأبناء ، فإذا أوصى لبنيه دخل الجميع عملا بعموم المجاز » .

وكذلك لو أوصى لأبنائه وله ذكور وإناث فرأى الإمام أبي حنيفة أنه يشمل الذكور خاصة . وعند الصاحبين يدخل الذكور والإناث ،وحكى بعض الفقهاء : أن هذا أحد قولى الإمام أبى حنيفة . وفى التلويح « أن الأولاد لاتطلق عرفاً على أولاد الابن بخلاف الأبناء ، ولذا لو أوصى الموصى لأولاده دخل الذكور والإناث الصلبية مختلطة أو منفردة وإن كان له أولاد ابن فعند الإمام أبى حنيفة — رضى الله عنه — تستحق الصلبية وعندهم يستحق الجميع ، وقيل الصلبيات خاصة اتفاقاً لأن العرف لايطلق الأولاد على أولاد الابن بخلاف الأبناء » .

وقال الفقهاء : إذا كان المجاز المستعمل عاما والمعنى الحقيقى من أفراده

فإن اللفظ يشمل الحقيقة والمجاز وذكر ابن نجيم فى مشكاة الأنوار : « أن مالا يتعلق به حكم من الحقيقة إذا صار فرداً من أفراد المجاز فإنه يصار إلى المجاز بالإجماع لوجود المقتضى وهو الإحتراز عن الإلغاء وانتفاء المانع وهو كون الحقيقة أولى »[1] اهـ .

فهل فى هذا جمع بين الحقيقة والمجاز فيكون جمعاً بين الممتنع كما تقدم من استحالة الجمع بينهما ومثال ذلك : « ما إذا حلف لايدخل دار فلان فإن الحقيقة داره المملوكة والمجاز داره بالإجارة ، وقال الفقهاء يحنث بالدخول مطلقاً . وفيه الجمع بين الحقيقة والمجاز » . ومن حلف لايضع قدمه فى دار فلان ولم يكن له نيه فإنه يحنث بالدخول مطلقاً — حافياً أو منتعلا — مع أن وضع القدم حقيقة فى الحافى ومجاز فى المنتعل ، وذلك لأن وضع القدم من غير انتعال حقيقة مهجورة وفى مثل هذا يجب إعمال المجاز » .

والجواب : أن معنى عموم المجاز استعمال اللفظ فى معنى مجازى يكون المعنى الحقيقى من أفرده .

وفى المسألة الأولى : نسبة السكنى فى عدم دخول الدار المسكونة : أن المعنى المراد بطريق المجاز فى قول القائل : دار فلان كون الدار منسوبة إليه نسبة السكنى ، إما حقيقة أو دلالة حتى ولو كانت ملك فلان وليس بساكنها يحنث بالدخول مطلقاً « كما فى الفتاوى الخانية والفتاوى الظهيرية » .

قالوا : « ونسبة السكنى تعم الملك والإجارة والعارية فيحنث مطلقاً باعتبار عموم المجاز كما أن الجميع يطلق عرفاً على الدار أو البيت » .

---

(١) مشكاة الأنوار جـ ١ ص ١٢١ — ١٢٤ وراجع نفائس الأصول للقرافى : مخطوط . والتمهيد للاسنوى ص ٥١ — ٥٢

وأما المسألة الثانية : فإن الدخول مجاز عن وضع القدم لكون المعنى الحقيقى لايجوز إذ لو اضطجع ووضع القدمين فى الدار لم يحنث كما ذكره بعض الفقهاء .

والحاصل أن قوله : لايضع قدمه فى دار فلان له حقيقة عرفية وهو الدخول ماشياً ومجاز وهو الدخول مطلقاً من باب ذكر السبب وإرادة المسبب فيحنث كيفما دخل باعتبار عموم المجاز ماشياً أو راكباً حافياً أو متنعلا عند عدم النية[1] .

(٣) ترك الحقيقة بالعرف

تقدم : أن الحقيقة تترك إذا كان العرف — أى المجاز — عاماً والمعنى الحقيقى من أفراده والأصل فى الكلام الحقيقة إلا إذا دل الدليل على أنها غير مرادة فإنه يصار إلى العمل بالمجاز .

وقال الفقهاء تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة ، ويريدون بذلك العرف القولى والعملى أو الفعلى .

قال الفنارى فى « فصول البدائع » الأمور التى تترك بها الحقيقة — أى القرائن الصارفة عنها ؛ وحصرها المشايخ فى خمسة « مابدلالة العرف قولا والعادة فعلا . . . »[2] .

ونذكر أولا أمثلة العرف القولى ، وثانياً أمثلة العرف العملى .

(١) مثل الفقهاء للعرف القولى بالأمور الآتية :

---

(١) ، (٢) فصول البدائع جـ ٢ ص ١٥٨ — ١٥٩ وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ ٢ ص ٩٥ وكشف الأسرار للنسفى جـ ١ ص ١٨٢ ، أصول السرخسى جـ ١ ص ١٧٢ ، ص ١٩٠

الأمر الأول: المنقولات الشرعية كالصلاة والزكاة والحج ونحوها ! تركت معانيها اللغوية وتعورفت معانيها الشرعية، حتى أصبح الحالف بها لايلزمه إلا العبادات المعروفة شرعاً، ولايخرج عن العهدة بمباشرة حقائقها اللغوية، كالدعاء فى الصلاة ومطلق القصد فى الحج. والزيارة فى العمرة وغير ذلك، وقد تعورفت هذه المعانى فى العبادات الشرعية، والتعارف لإيجابه التفاهم دليل ترك الحقيقة. ولذلك قال: بعض الفقهاء لو قال: على الخروج أو الذهاب إلى بيت الله الحرام لايلزمه الحج أو العمرة لأن هذه الألفاظ غير متعارفة فى الحج أو العمرة.

الأمر الثانى: المنقولات العرفية:

ومثلوا لذلك بمن نذر المشى إلى بيت الله فإنه يلزمه حجة أو عمرة ماشياً إذا تعارف الناس ذلك فى الأيمان.

وهذه المنقولات العرفية قد تكون فى المفرد وقد تكون فى المركب.

ومثالها فى المفرد: لفظ الدابة فإنه يطلق على كل ما يدب، وأريد به فى العرف ذوات الأربع.

ومثالها فى المركب: قولهم: «الميتة حرام والخمر حرام»، فإن الأحكام تضاف إلى أفعال المكلفين وتتعلق بها وهنا أضيفت الأعيان، وأريد بها عرفاً الأفعال المناسبة، وهو الأكل والإنتفاع الميتة، والشرب فى الخمر ومنه قوله تعالى «حرمت عليكم أمهاتكم» (١).

قال اللكنوى فى حاشيته على كشف الأسرار للنسفى:

«إنما تركت الحقيقة بدلالة العادة لأن الكلام موضوع للإفهام فإذا كان مستعملا لشىء عرفاً ونقل عن معناه اللغوى فهذه العادة — أى عادة الإستعمال — رجحت إرادته فيترك معناه الحقيقى» (٢).

---

(١) سورة النساء: ٢٣. ويراجع الأشباه لابن نجيم ص ٤٨ والأشباه للسيوطى ص ٩٢.

(٢) حاشية اللكنوى على كشف الأسرار للنسفى ج ١ ص ١٨٢ والفروق للقرافى ج ١ ص ١٧١

الأمر الثالث : تترك الحقيقة بالعرف إذا كانت متعذرة . وهى مالا يتوصل إليها أصلا أو يتوصل إليها بمشقة وعسر .

قال ابن نجيم فى مشكاة الأنوار : « المتعذر مالا يتعلق به حكم إذا صار فرداً من أفراد المجاز فإنه يصار إلى المجاز بالأجماع لوجود المقتضى وهو الاحتراز عن إلغاء كلام العقلاء وانتفاء المانع : وهو كون الحقيقة أولى » اهـ.

ومثال ذلك : إذا حلف لايأكل من هذه النخلة أو من هذه الشجرة لأن العين لاتؤكل . فانصرف اللفظ إلى المجاز وهو مايخرج منها من الثمر الذى يؤكل لأن العرف صرف اللفظ إلى الثمر .

ويذهب صاحب « التقرير والتحبير » إلى أن الشجرة إذا كانت لاتؤكل ينصرف اللفظ إلى نفس الشجرة وأشار إلى أنه لايحنث لو أكل عين مالايؤكل وهو الصحيح وهذا إذا لم يكن له نية فإن نوى شيئاً فيمينه على ما نوى(1) .

وقال صاحب التحرير « يلزم المجاز لتعذر الحقيق أو لتعسره أو لهجره ومثال الشجرة الدقيق فتقع يمينه على مايتخذ منه لتعذر الحقيق » .

الأمر الرابع : تترك الحقيقة إذا كانت مهجورة :

وهجر الحقيقة : أن يترك العمل بها وإن تيسر الوصول إليها بلا مشقة عرفاً أو شرعاً .

فمثال الحقيقة المهجورة عرفاً : من حلف لايضع قدمه فى دار فلان — كما تقدم — ومثال الحقيقة المهجورة شرعاً :

---

(1) مشكاة الأنوار جـ ١ ص ١٢١ والتقرير والتحبير جـ ٢ ص ١٧٥

« التوكيل بالخصومة » فالخصومة بمعنى المنازعة مهجورة شرعاً لأنها منهي عنها بقوله تعالى « ولاتنازعوا فتفشلوا » فالمنازعة بغير حق حرام. والتوكيل بالخصومة ينصرف إلى مطلق الجواب مجازاً فيقوم الموكل بالجواب عن موكله، ومطلق التوكيل بالخصومة يتناول الإقرار على موكله، وخالف في ذلك بعض الفقهاء[1].

(٢) ترك الحقيقة بالعرف العملي :

مثالها : لو حلف لا يأكل رأساً انصرف إلى المتعارف أكله من الرءوس لأن الحالف لم يقصد رأس كل شيء له رأس، فإن رأس العصفور والجراد لا يدخلان تحته، وهو حقيقة في جميع الرءوس، فإذا علم أن الحالف لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف.

قال صاحب كشف الأسرار « شرح أصول البزدوي » فيمن حلف لا يأكل رأساً : وكان أبو حنيفة — رحمه الله — يقول أولا : يدخل فيه رأس الإبل والبقر والغنم لما رأى عادة أهل الكوفة أنهم يفعلون ذلك في هذه الرءوس الثلاثة ثم تركوا هذه العادة في الإبل، فرجع — أبو حنيفة — وقال : يحنث في رأس البقر والغنم. ثم إن أبا يوسف ومحمداً رحمهما الله شاهدا عادة أهل بغداد وسائر البلدان أنهم لا يفعلون ذلك إلا في رءوس الغنم، فقالا : لا يحنث إلا في رأس الغنم، فعلم أن الاختلاف اختلاف عرف وزمان لا اختلاف حجة وبرهان، والعرف الظاهر أصل في مسائل الأيمان[2].

---

(١) فصول البدائع ج ٢ ص ١٥٣، ١٥٩، ومنافع الدقائق ص ٨٩

(٢) كشف الأسرار شرح أصول البزدوي ج ٢ ص ٩٧ والمراجع السابقة .

تعارض العرف مع الحقيقة

ما تقدم فيما إذا لم يتعارض العرف مع الحقيقة . أما إذا تعارض معها ففي ذلك ثلاث مسائل :

المسألة الأولى : في تعارض العرف مع الحقيقة الشرعية .

الألفاظ التي ذكرها الشارع إما أن يتعلق بها حكم شرعي أو لا يتعلق بها حكم شرعي . فإذا تعلق باللفظ حكم شرعي قدم على عرف الاستعمال فلو حلف لا يصلي لا يحنث بصلاة الجنازة عند الشافعية ، وإنما يحنث بذات الركوع والسجود ، ولو حلف لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك ، وإنما يحنث لو صام ساعة من نهار بعد طلوع الفجر ، ولو حلف لا ينكح فلانة حنث بالعقد لأنه معروف في النكاح وشائع فيه شرعا ولا يحنث بالوطء ، أما إذا حلف لا ينكح زوجته فإنه للوطء .

وأما الألفاظ التي ذكرها الشارع ولم يتعلق بها حكم شرعي ، مثل لفظ اللحم في قوله تعالى « هو الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً » فإنه لم يتعلق باللفظ حكم ولا تكليف فمن حلف لا يأكل لحما لم يحنث بأكل السمك فيقدم عرف الاستعمال لأن السمك لا يسمى لحماً فإذا أكل ما يسمى في العرف لحماً فإنه يحنث وكذلك من حلف لا يجلس على بساط أو تحت سقف أو في ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وإن سماها الله تعالى بساطاً ولا تحت السماء وإن سماها الله تعالى سقفاً ولا في ضوء الشمس وإن سماها الله سراجا ، لأن هذه الألفاظ استعملت في الشرع بلا تعلق حكم أو تكليف بها . والأيمان كما قال الفقهاء مبنية على العرف .

وقال ابن نجيم « إذا تعارض العرف مع الشرع قدم عرف الاستعمال خصوصاً فى الأيمان » .

وقال الفقهاء : ماورد به الشرع من الألفاظ ولم يكن ذا معنى منضبط فى اللغة ولا فى الشرع فالرجوع فيه إلى العرف ، ومثلوا لذلك بالحرز فى السرقة والتفرقة فى البيع والقبض ومقدار النفقة الواجبة على الزوج لزوجته ، وغير ذلك(١) .

المسألة الثانية : فى تعارض العرف مع الحقيقة اللغوية .

إذا تعارضا ولم يغلب أحدهما على الآخر فى تقديم أحدهما على الآخر .

قال السيوطى فى الأشباه والنظائر « فى تعارض العرف مع اللغة »(٢) :

حكى صاحب الكافى وجهين فى المقال :

« أحدهما » وإليه ذهب القاضى حسين . تقدم الحقيقة اللفظية عملا بالوضع اللغوى .

« والثانى » وعليه البغوى تقدم الدلالة العرفية لأن العرف محكم فى الأيمان .

ثم قال السيوطى : « وقال الرافعى فى الطلاق : وإن تطابق العرف والوضع فذاك وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع ، والامام والغزالى يريان اعتبار العرف » اهـ .

---

(١) أشباه ابن نجيم ص ٤٨ وأشباه السيوطى ص ٩٢

(٢) أشباه السيوطى ص ٩٣ وابن نجيم ص ٤٨

وفقهاء الحنفية يقولون : إن الأيمان تبنى على العرف لا على الحقائق اللغوية ، لأن العرف إذا اشتهر فى الاستعمال وتبادر المعنى المراد من اللفظ فإنه معتبر وتبنى عليه ألفاظ التصرفات ولذا صرحوا بأن الأيمان مبنية على العرف لا على الحقائق اللغوية .

وقد فصل السيوطى ما جاء عن الشافعية فقال نقلا عن الرافعى : إن عمت اللغة قدمت على العرف ، وقال غيره - أى الرافعى - : إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه فالمعتبر اللغة وإن له فيه استعمال ففيه خلاف . وإن هجرت اللغة وصارت نسياً منسياً قدم العرف .

وقال الرافعى : الشافعى — رضى الله عنه — يتبع مقتضى اللغة تارة وذلك عند ظهورها وشمولها وهو الأصل وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد .

وقال العز بن عبد السلام : « قاعدة الأيمان البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة» (١) اهـ .

وتقديم العرف أو اللغة أحدهما على الآخر كما نرى من كلام الفقهاء ليس لمجرد أن هذا لغة وذلك عرف بل اشترط تبادر المعنى عند الإطلاق فإذا تبادر المعنى العرفى قدم وإذا تبادر المعنى اللغوى قدم ، وإذا تطابق المعنيان فذلك ظاهر ولا كلام فيه .

أما إذا اضطرب العرف أو كان مقتضى اللغة ظاهراً فالرجوع إلى اللغة .

وقال المالكية : إن النقل العرفى مقدم على اللغة إذا تبادر المعنى المنقول إليه عند النطق باللفظ من غير قرينة . وهذا مروى عن ابن القاسم

---

(١) أشباه السيوطى ص ٩٣ وابن نجيم ص ٤٨

وأشهب ، إلا فى مسألة اختلف فى وجود النقل فيها ، وهى : من حلف لا يأكل رأساً حنث بجميع الرءوس عند ابن القاسم، ولا يحنث إلا برءوس الأنعام عند أشهب لأنه يرى أن أهل العرف استعملوا هذا اللفظ فى رءوس الأنعام دون غيرها . وابن القاسم يقول : إن الاستعمال لم يصل إلى هذه الغاية الموجبة للنقل فإن غلبة الاستعمال قد تقصر عن النقل ، وضابط النقل أن يصير المنقول إليه هو المتبادر الأول من غير قرينة(١) .

فابن القاسم وأشهب متفقان على تقديم العرف على اللغة واختلفا فى وجوده هنا ورأى أشهب هو الذى أرجحه ، وهو معنى ما ذكره الرافعى عن الإمام الشافعى حيث يرى تقديم اللغة عند ظهورها وشمولها والعرف عند استمراره واطراده وهو قول جمهور الفقهاء .

المسألة الثالثة : تعارض الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف .

المجاز المتعارف هو اللفظ المستعمل فى المعنى المجازى أكثر من استعماله فى المعنى الحقيقى ، وكان غالباً فى الاستعمال ومتبادراً إلى الفهم .

قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله — الحقيقة المستعملة تترجح على المجاز المتعارف لأنها الأصل والأصل لا يترك إلا لضرورة ، ولا ضرورة ، كما ترجحت لكونها حقيقة وكونها مستعملة ، أما المجاز فهو فرع الحقيقة ومرجوح والمرجوح لا يقدم على الراجح .

وقال أبو يوسف ومحمد بن الحسن — رحمهما الله : المجاز المتعارف أولى فى الاستعمال من الحقيقة لسبقه إلى الفهم ، وبسبب التعامل والتفاهم به بين الناس وتبادره رجح استعماله على الحقيقة التى صارت بمنزلة المهجورة وقام المجاز مقامها . وهذا هو رأى جمهور الفقهاء من الحنفية وغيرهم .

(١) الفروق للقرافى ج ١ ص ١٧٥ ونفائس الأصول له أيضا ج ١ ك ٢٠ مخطوط .

وقد اختلف الأصوليون من الحنفية فى أمر آخر وهو متى يترجح المجاز المتعارف عند أبى يوسف ومحمد فقال البزدوى : إن المجاز يترجح عندهما إذا تناول الحقيقة بعمومه .

وقال ابن نجيم فى مشكاة الأنوار : إن المجاز يترجح عندهما سواء كان عاما متناولا للحقيقة أو ليس متناولا لها .

وذكر صاحب التلويح : « أن تقديم المجاز مقيد بكونه أغلب فى الاستعمال لأن الحقيقة لو كانت أغلب منه استويا فى الاستعمال فتقدم لأصالتها وانتفاء المعارض . وجمهور فقهاء الحنفية وغيرهم يقول بقول أبى يوسف ومحمد — رحمهما الله تعالى — وأشار إلى ذلك الأسنوى فى التمهيد ومال إليـــه ، وذكر القرافى فى التنقيح : أنه الحق لأن الظهور والتعارف هو المكلف به . وقال : محل الخلاف أن يكون المجاز راجحاً والحقيقة تبعاً » اهـ .

ومن الأمثلة المفرعة على ذلك ، لو حلف لا يأكل من هذه الحنطة فإنه يقع على عينها عند الامام أبى حنيفة : لأن حقيقته المستعملة أكل عينها فلا يحنث بأكل خبزها ، وقال أبو يوسف ومحمد : ينصرف إلى ما يتخذ من الحنطة كالخبز ونحوه وهو ما تضمنته الحنطة وهو المجاز المتعارف فى أكلها .

وقال ابن نجيم : ومحل الخلاف عند عدم النية أما إذا نوى شيئاً فهو على ما نوى من حقيقة أو مجاز . والله أعلم (١) .

---

(١) أصول السرخسى جـ ١ ص ١٨٤ والأشباه لابن نجيم ص ٤٨ وكشف الأسرار شرح أصول البزدوى جـ٢ ص ٩٨ وكشف الأسرار للنسفى جـ١ ص ١٨٢ ومشكاة الأنوار ص١١٧ جـ ١ والتلويح على التوضيح جـ ١ ص ٧٠ وشرح التنقيح للقرافى ص ٨٠ ونسمات الأسحار لابن عابدين ص ٧٦

الباب الثانى

فى تقسيم العرف

(أ) ينقسم العرف أولا إلى :

١ — عرف ثابت .

٢ — عرف متبدل .

(ب) وينقسم ثانياً إلى ستة أنواع :

١ — العرف القولى .

٢ — العرف العملى .

٣ — العرف العام .

٤ — العرف الخاص .

٥ — العرف الشرعى .

٦ — العرف الصحيح والفاسد .

(١) العرف الثابت والمتبدل

ينقسم العرف إلى ثابت ومتبدل وهو :

١ — عرف شرعى ٢ — عرف غير شرعى .

ماهو العرف الشرعى ؟

العرف الشرعى هو ما كلف به الشرع وأمر به إيجاباً أو ندباً ، أو نهى عنه كراهة أو تحريماً ، أو أذن فيه فعلا أو تركاً وثبت ذلك بالنص من كتاب أو سنة أو إجماع .

وهذا العرف ثابت أبداً ، كما جاء فى الأمر بالصلاة وعدد ركعاتها وشروطها وأركانها وستر العورة ، وإباحة ما أباحه الإسلام من المعاملات الشرعية وتحريم ما حرمه منها وكذلك الأمر بإزالة النجاسة والطهارة فى الصلاة ، والنهى عن أفعال كان يفعلها أهل الجاهلية ، كالطواف بالبيت عراة .

وكذلك مشروعية الزواج والطلاق فى الإسلام ، والقصاص فى القتل العمد .

فلا يصح أن يقال فى شىء من الأحكام الشرعية المستمرة إن هذا منها حسن وهذا غير حسن أو أن فى الشريعة أحكاماً تأباها طبيعة الإنسان ، كالقصاص أو طبيعة العصر كتحريم الربا فى المعاملات ، أو أن كشف العورة أصبح عادة غير قبيحة لتعارف الناس ذلك فلنجزه مع مخالفته للأحكام الشرعية الثابتة المستقرة المستمرة لأنه يعد نسخاً لها بعد وفاة

الرسول – صلى الله عليه وسلم – ولا نسخ بعد حياته لأنه رفع الأحكام الشرعية ورفع الأحكام الشرعية بعده – صلى الله عليه وسلم – باطل .

أما ما كان من الأحكام الشرعية ثابتاً بضرب من الإجتهاد والرأى فهذا النوع أقسام لا يتصل بالبحث منها إلا ما كان مبنياً على العرف والعادة – وسيأتى الحديث عنها بعد الحديث عن العرف غير الشرعى لاتصالها بها من حيث أن هذه الأحكام مبنية على العرف .

العرف غير الشرعى :

العرف غير الشرعى وهو الجارى بين الناس بما ليس فى نفيه ولا إثباته دليل شرعى قد يكون ثابتاً وقد يتبدل ومع ذلك فهو سبب لأحكام تترتب عليه .

أما العادات والأعراف الثابتة فهى التى لا تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص والأحوال ، لأنها تعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته وغرائزه كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح ، وميل الإنسان إلى ما يلائمه ونفوره عما لا يلائمه ، وإن كانت أسباباً لمسببات حكم بها الشارع فلا إشكال فى اعتبارها وبناء الأحكام عليها ، ولو لم تكن هذه العادات معتبرة شرعاً لما رتب الشارع عليها أحكاماً شرعية تتعلق بها .

والقسم الثانى : الأعراف والعادات المتبدلة غير المستقرة وهى تختلف باختلاف العصور والبيئات والأحوال ، وهو أنواع :

الأول :

وهو ما يعود إلى اعتبار البقاع والبيئات من حسن شيء أو قبحه سواء كان من الأوصاف أو الأفعال . فيكون فى أحدهما حسناً وفى الآخر قبيحاً مثل كشف الرأس فقد كان فى الماضى قبيحاً فى البلاد الشرقية وغير قبيح فى البلاد الغربية ، وقد تغير هذا العرف الآن عند بعض الناس .

فتغير مناط الحكم الشرعى فاختلف تبعاً لذلك فيكون الحكم وهو القدح فى العدالة عند من يعتبرونه قبيحاً ، وعند من لا يعتبرونه لا يكون قادحاً فى العدالة .

ومثله الأكل فى الشوارع والأسواق فقد ذكر الفقهاء أنه يقدح فى العدالة لأنه مخل بالمروءة . وقد أصبح عند كثير عادة غير قبيحة .

الثانى : ما يعود إلى العرف القولى .

وهذا القسم يختلف باختلاف الألفاظ التى يعبر بها الناس عما يريدون قوله أو فعله . وذلك يختلف باختلاف الأمم كالعرب وغيرهم سواء بالنسبة لاختلاف الجماعات أو الطوائف واصطلاح كل طائفة أو بالنسبة لغلبة الإستعمال حتى يصبح المعنى المستعمل فيه اللفظ هو المتبادر إلى الأذهان دون ما يفهم من اللفظ فى أصل الوضع اللغوى ، أو كان اللفظ مشتركا وأصبح مستعملا فى معنى من معانيه ، أو عاماً فخصصه العرف ، أو مطلقاً فقيده .

والحكم فى ذلك كله يتنزل على ما أصبح متعارفاً فى الإستعمال وهذا يجرى كثيراً فى الأيمان والعقود والطلاق صريحاً أو كناية(١) .

الثالث : ما يعود إلى العرف العملى .

وهو ما يختلف من الأعمال فى المعاملات ونحوها كالعادة فى البيع والشراء نقداً أو نسيئة والعادة فى التفرق والقبض فى البيع أيضاً ، والعادة فى قبض الصداق فى النكاح قبل الدخول أو تأخير بعضه فالحكم جار على ذلك حسبما هو مذكور فى كتب الفقه(٢) .

---

(١) سيأتى ما يفصل ذلك فى العرف القولى وغيره .

(٢) يراجع العرف العملى فيما يأتى .

الرابع : ما يختلف بحسب أمور خارجة عن إرادة المكلف كاختلاف الأقطار حرارة وبرودة وأثر ذلك فى الإسراع بالبلوغ فى الأقطار الحارة وبطئه فى البلاد الأقل حرارة أو البلاد الباردة كأوربا وشمال آسيا وغيرها وكذلك مدة الحيض وزمان معاودته يرجع فيه إلى عادات الناس فى ذلك .

قال السيوطى فى الأشباه والنظائر(١) : « إعلم أن اعتبار العادة والعرف راجع إليه فى الفقه مسائل لا تعد كثرة فمن ذلك الحيض وأقل سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها » اهـ .

ومن ذلك مدة الحضانة وسن اليأس والمدة التى يحكم فيها بموت المفقود والتقدير فى ذلك يرجع إلى العادة الغالبة ويحكم بتلك العادة شرعاً فى اختلاف هذه الأمور وغيرها .

والخامس : ما كان بأمر خارق للعادة ومثال ذلك :

البائل من جرح حدث حتى صار المخرج المعتاد فى الناس بالنسبة إليه فى حكم العدم فإن الحكم عليه يتنزل على مقتضى عادته الجارية له المطردة الدائمة بشرط أن تصبح العادة العامة للناس بالنسبة إليه فى حكم الزائلة أو المعدومة فإن لم يكن كذلك فالحكم للعادة العامة(٢) .

الأحكام التى ثبتت بالاجتهاد وكان مبناها على العرف . هل تتغير بتغير العرف ؟

والأعراف التى تتبدل وتتغير من الأنواع المذكورة أو غيرها

---

(١) ص ٨٨

(٢) يراجع فى ذلك الموافقات للشاطبى جـ ٢ ص ٢٨٩

واختلفت معها الأحكام لاختلاف مناطها فإن هذا لا يعد اختلافاً فى أصل الخطاب بل معنى هذا الإختلاف، أن العرف إذا اختلف أو تغير اقتضى كل عرف حكما يلائمه ، تبعاً لتغير مناط الحكم .

وعلى ذلك قال الفقهاء : إن الأحكام الفقهية التى أساسها العرف والعادة تتبدل وتتغير تبعاً لتغير العرف والعادة ، فيراعى الفقيه العرف المتجدد ويبنى عليه الحكم .

يقول ابن عابدين :

« إعلم أن المسائل الفقهية إما أن تكون ثابتة بصريح اللفظ . . . وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى وكثير منها ما يبنيه المجتهد على ما كان فى عرف زمانه بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولا . ولهذا قالوا فى شروط الاجتهاد إنه لابد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله أو لحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ما كان عليه أولا للزم عنه المشقة والضرر بالناس »(١) .

وإذا بقى الحكم مع تغير العرف حتى يلزم عنه ذلك كان فيه مخالفة لقواعد الشريعة المبنية على اليسر ودفع الضرر والمشقة ، وكذلك فإن من أسس الشريعة الإسلامية العمل على تحقيق المصالح ومنع المفاسد ، وذلك يلزم منه أن تتبدل الأحكام الشرعية لتبدل مناطها .

قال صاحب « مجامع الحقائق » : « إنه لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان »(٢) .

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٥ ويراجع ما يأتى فى « العرف والفتوى والقضاء »

(٢) النافع ص ٣٢٨

وهذه القاعدة تستوجب تحري المصالح التي تبنى عليها الأحكام الشرعية وهي تختلف باختلاف الأعراف ، وذلك أن المصلحة هي الحكمة التي تترتب على شرع الحكم في حالة خاصة سواء أكانت جلب منفعة أو تكميلها أو دفع مفسدة أو تقليلها ، ومن الفقهاء من جعل المصالح هي علل الأحكام في الشريعة الإسلامية وأساسها التي تقوم عليه هو رعايتها ، ولذا فإنه إذا زالت العلة أو تغيرت وجب زوال أو تغير ما بني عليها من الأحكام . وقد قال الفقهاء : « إن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً » .

وقال صاحب المنافع شرح المجامع ، والدهلوي في « حجة الله البالغة » [1] :

« إن الحكم الشرعي مبني على علته ينتهي بانتهائها » — أي غالباً — وإلا فالرمل في الطواف حول الكعبة لم ينته بانتهاء علته .

وقال الإمام مالك — رضي الله عنه — « تحدث للناس فتاوى بقدر ما أحدثوا » .

قال الزرقاني في شرح الموطأ « ومراده أن يحدثوا أموراً تقتضي أصول الشريعة فيها غير ما اقتضته قبل حدوث ذلك الأمر »[2] اهـ .

وقال القرافي في الفروق في تعليقه على قول عمر بن عبد العزيز — رضي الله عنه — :

« تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » . . . لم يرد

---

(١) المنافع ص ٣١٩ وحجة الله البالغة للدهلوي ج ١ ص ١٠٨

(٢) شرح الموطأ الزرقاني ج ٤ ص ٢٠٤

— رضى الله عنه — نسخ حكم بل المجتهد فيه ينتقل له الاجتهاد لاختلاف الأسباب »[٢] اهـ .

وبذلك الذى تقرر وجد أن أحكام الشريعة مسايرة لمصالح الناس وليس فى ذلك مخالفة لأصل الشريعة وإنما إذا اختلف مناط الحكم أو تغير فعلى المجتهد أو المفتى فى الحوادث التى تجد والوقائع التى يحدثها الناس مراعاتها فى الأحكام لأن الشريعة الإسلامية لم تجىء أحكامها كلها ثابتة ومستقرة — كما سلف — بل من أحكامها ما يختلف باختلاف الأحوال والأعراف وهو ذلك النوع من الأحكام المعلل بالعرف والحاجة والمصلحة ودفع الضرر والمشقة ، وقد جاء فى ذلك ما رواه الإمام أحمد والبخارى فى تاريخه — رضى الله عنهما — :

« قال على بن أبى طالب — كرم الله وجهه — قلت يا رسول الله إذا بعثتنى فى شىء أكون كالسكة المحماة[١] . أم الشاهد يرى ما لا يرى الغائب فقال ﷺ بل الشاهد يرى ما لا يرى الغائب) اهـ .

وجاء فى السنة المطهرة ما يفيد أن الأحكام تختلف وتتغير لاختلاف العلة واختلاف الأحوال فقد روى أن رسول الله ﷺ نهى عن ادخار لحوم الأضاحى ثم أباح ادخارها ، وقال ﷺ « كنت نهيتكم من أجل الدافة التى دفت عليكم » . . فبين ﷺ سبب المنع من الادخار ولما زال السبب وتغير الحال أباح لهم الادخار .

وبين رسول الله ﷺ أن بعض الأحكام قد تحول الظروف دون العمل

---

(١) الفروق جـ ٤ ص ١٧٧

(٢) السكة المحماة هى المضروبة للتعامل لا تتغير فى ذاتها ، أى فليس له اجتهاد أم يجتهد حسبما يرى .

به أو قيام هذا الحكم لأنه يترتب عليه مفسدة أكثر من المصلحة المرجوة منه ، فقد أخرج الشيخان بسندهما عن عائشة رضى الله عنها قالت :

قال رسول الله ﷺ : « لولا أن قومك حديثو عهد بشرك لبنيت الكعبة على قواعد ابراهيم » ا هـ (١) .

فمنع ذلك الذى أراد النبي ﷺ عمله قرب الناس من عهد الشرك والكفر وتمكن عادات الجاهلية فى نفوسهم ونظرتهم إلى الكعبة نظرة التقديس والإجلال ولو قام النبي ﷺ بهدم الكعبة ليعيد بناءها على قواعد إبراهيم — عليه السلام — لارتد بعض الناس عن الإسلام ، وقد حدث بعد ذلك أن قام عبد الملك بن مروان بإعادة بنائها ولم يحدث ما كان يخشى حدوثه فى عهد رسول الله ﷺ لبعد المسلمين عن زمن الجاهلية ، وتمكن الإسلام من نفوسهم .

وأما الآثار عن الصحابة — رضى الله عنهم — فى ذلك فهى كثيرة جداً فى هذا الموضوع وذلك لأن أصحاب رسول الله ﷺ كانوا ينظرون إلى الأمور وما يحيط بها من ظروف وملابسات ويشرعون لها الأحكام المناسبة وليس فى هذا سوى مراعاة مقاصد الشريعة الإسلامية من تشريع الأحكام ، والفهم الناضج لأسرار التشريع الذى جاء لتحقيق المصالح ومنع المفاسد مع التيسير ورفع الحرج والمشقة عن الناس ما أمكن .

ومن هذه الآثار ما أخرجه مالك والشيخان — رضى الله عنهم — عن عائشة — رضى الله عنها — قالت : « لو أدرك النبي ﷺ ما أحدث النساء لمنعهن المساجد كما منع نساء بنى إسرائيل » ا هـ . فقد كان النساء يخرجن فى عهد رسول الله ﷺ مستورات والصلاح غالباً

---

(١) رواه الشيخان والنسائى والترمذى عن عائشة بألفاظ مختلفة ، والمعنى واحد .

وقد قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لا تمنعوا إماء الله مساجد الله». وقد تغير الحال فلما رأت السيدة عائشة — رضى الله عنها — ذلك بينت أن ما كان سبباً لخروجهن لينلن ثواب الجماعة قد تغير، وأصبح خروجهن متبرجات فيه كثير من المفاسد أكثر من المصلحة حيث يتعرض لهن السفهاء فأصبح المنع من خروجهن هو الحكم الذى يجلب المصلحة ويمنع المفسدة، وقد قال الزرقانى فى شرح الموطأ تعليقاً على هذا الحديث (ولا غرو فى تبعية الأحكام الأحوال).

فكل هذا يدل على تبدل الحكم بتبدل الزمان وتغير الأحوال[١].

ولما قدم عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — إلى الشام ووجد معاوية بن أبى سفيان قد اتخذ له حجاباً واتخذ المراكب النفيسة والثياب الغالية وسلك مسلكاً لم يسلكه حكام المسلمين قبله، سأله عمر — رضى الله عنه — عن سبب ذلك فقال: «إنا بأرض نحن محتاجون فيها لهذا». فقال له عمر: «لا آمرك ولا أنهاك».

قال القرافى — رضى الله عنه — معلقاً على هذه الحادثة: «ومعناه أنت أعلم بحالك هل أنت محتاج إلى هذا فيكون حسناً، أو غير محتاج فيكون قبيحاً، فدل ذلك من عمر وغيره على أن أحوال الأئمة وولاة الأمر تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والظروف والأحوال فلذلك يحتاجون إلى تجديد زخارف وسياسات لم تكن قديماً وربما وجبت فى بعض الأحوال»[٢] اهـ.

وقد سلك التابعون هذا المسلك فى نظرهم إلى ما يحدث فى دنيا الناس

---

(١) الفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى جـ ٢ ص ٢٤١

(٢) الفروق جـ ٤ ص ٢٠٣

ومعاملاتهم وأحدثوا لكل حادثة حكما تقتضيه أصول الشريعة ولا تتعارض معها وتكرر ذلك من العلماء والفقهاء فقد مر ماروى عن الإمام مالك وعمر بن عبد العزيز — رضى الله عنهما — وكذلك روى ابن سعد فى الطبقات الكبرى فى ترجمة شريح القاضى بسنده إلى أبى البخترى أنه جاء إلى شريح فقال: « ما الذى أحدثت فى القضاء» فقال شريح: « إن الناس قد أحدثوا فأحدثت»(١) اهـ.

وكذلك ذكر فى فتح البارى وعمدة القارى شرحى البخارى « أن شريحاً القاضى قال للغزاليين لما تحاكموا إليه : سنتكم بينكم » وذلك لأن جماعة الغزاليين اختصموا إليه فى أمر كان بينهم فقالوا : « إن سنتنا بيننا فقال سنتكم بينكم »(٢) .

كما نجد من التابعين غير شريح من قال بذلك فقد ذكر الجصاص فى أصوله(٣) :

أن إياس بن معاوية الذى تولى قضاء البصرة — وكان معاصراً للحسن البصرى — قال : « قيسوا القضاء على ما صلح للناس فإذا فسدوا فاستحسنوا » ثم قال ما وجدت القضاء إلا ما يستحسن الناس » اهـ.

ثم جاء عصر الأئمة بعد التابعين فسلكوا هذا المسلك فى النظر إلى الأحكام التى تثبت بالاجتهاد ومعللة بالعرف ومراعاة المصالح والضرورات وقد مر ما قاله الإمام مالك — رضى الله عنه — وكذلك روى عنه أنه

---

(١) الطبقات الكبرى لابن سعد ج ٦ ص ٩١

(٢) فتح البارى ج ٤ ص ٣٢١ وعمدة القارى ج ١٢ ص ١٦

(٣) أصول الجصاص ج ٢ باب الاستحسان . وإياس بن معاوية بن قرة ولى القضاء فى عهد عمر بن العزيز رحمه الله، وكان يضرب بإياس المثل فى الذكاء والفراسة التى لا تخطىء توفى رضى الله عنه سنة ١٢٢ هـ .

قال : «فيمن له أرض تحتاج إلى ما وراء أرض جار له . ولا يمكن أن يصل إليها الماء إلا إذا جرى فى أرض جاره أنه ليس له ذلك . وقد روى أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — ترافع إليه محمد بن مسلمة والضحاك بن ثابت وكان محمد بن مسلمة قد منع الضحاك أن يسقى أرضه بإمرار الماء فى أرضه فحكم عمر بأن يمر الماء رغماً عنه . وقال سيمر الماء ولو على بطنك» .

وروى أشهب أن المنع عند الامام مالك — رضى الله عنه — ليس على وجه المخالفة لعمر — رضى الله عنه — وأنه لا يجوز ، بل كان إفتاؤه بالمنع لتغير الأحوال وسداً للذريعة حيث كان الصلاح فى زمن عمر — رضى الله عنه — يقف بالناس دون ادعاء أحد ملك ما ليس له بمجرد إمرار الماء فلما تغير الحال فى زمن مالك ، وكثر ادعاء الناس ما ليس لهم أفتى بالمنع . ثم قال أشهب : «كان يقول — أى الامام مالك — : يحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور» فلو كان الأمر معتدلا فى زماننا هذا كاعتداله فى زمان عمر — رضى الله عنه — رأيت أن يقضى بإجراء مائه فى أرضك لأنك تشرب به أولا وأخيراً ولا يضرك ولكن فسد الزمان واستحقوا التهم فأخاف أن يطاول الزمان وينسى الناس ما كان عليه جرى هذا الماء وقد يدعى جارك عليك به دعوى فى أرضك [1] اهـ

كما أفتى فقهاء الحنفية فى كثير من المسائل بغير ما أفتى به الامام أبو حنيفة وصاحباه — رضى الله عنهم أجمعين — وقد تقدم عن ابن عابدين : أن ما أفتى به الفقهاء تبعاً للعرف الجارى فى زمانهم لو كان فى زمن الأئمة لأفتوا به معللا ذلك بالحاجة واختلاف الأزمان وتغير الأحوال .

ومن ذلك : إفتاؤهم بجواز الاستئجار على تعليم القرآن الكريم

(١) المنتقى شرح الموطأ لأبى الوليد الباجى ج ٦ ص ٤٦

لانقطاع عطايا المتعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لزم ضياعهم وضياع عيالهم ولوا اشتغلوا بالاكتساب من حرفة وصناعة يلزم ضياع القرآن والدين . فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على تعليم للقرآن ، وكذا عن الإمامة والأذان . مع أن هذا مخالف لما اتفق عليه الامام أبو حنيفة وصاحباه — رضى الله عنهم — وهو عدم جواز الاستئجار على ذلك وأخذ الأجرة عليه لأنه طاعة كبقية الطاعات من الصلاة والصوم والحج وقراءة القرآن ونحو ذلك .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً : قول أبى يوسف ومحمد بن الحسن — رضى الله عنهما — بعدم الاكتفاء بظاهر العدالة مع مخالفة ذلك لما نص عليه الامام أبو حنيفة — رضى الله عنه — بناء على ما كان فى زمنه من غلبة العدالة لأنه كان فى الزمن الذى شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية وهما أدركا الزمن الذى فشا فيه الكذب . وذكر ابن عابدين كما تقدم : أن العلماء قد نصوا على أن هذا الاختلاف اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان .

ويقول أيضاً : « اعلم أن المتأخرين الذين خالفوا النصوص — أى نصوص الكتب الفقهية لا نصوص الشريعة لم يخالفوه — أى الامام — إلا لتغير الزمان والعرف وعلمهم أن صاحب المذهب لو كان فى زمنهم لقال بما قالوه مما يستخرج به الحق من ظالم أو يدفع دعوى متعنت ونحوه بعدم سماع دعواه أو بحبسه أو نحوه ، ولكن لابد لكل من المفتى والحاكم من نظر سديد واشتغال مديد ومعرفة بالأحكام الشرعية والشروط المرعية فإن تحكيم القرائن غير مطرد . فللمفتى أن يفتى على عرف أهل زمانه وإن خالف زمان المتقدمين وكذا للحاكم العمل بالقرائن فى أمثال ماذكرناه حيث كان أمراً ظاهراً » اهـ .

والمفتي الذي يفتي بناء على العرف لابد له من معرفة به ومعرفة بأحوال الناس ومعاملاتهم هل هي موافقة للنصوص الشرعية أو مخالفة ومعرفة بالعرف العام والخاص والقولي والعملي. يقول ابن عابدين: «فإن كان المجتهد لا بد له من معرفة عادات الناس فكذلك المفتي. ولذا قال في «منية المفتي» لو أن الرجل حفظ جميع كتب أصحابنا لابد له أن يتتلمذ للفتوى حتى يهتدي إليها لأن كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لم يخالف الشريعة»[١]. ونقل الزيلعي عن فقهاء بلخ: «الأحكام قد تختلف باختلاف الأزمان»[٢].

وهذا يدل على مقدار احترام الفقهاء للعرف وفهمهم أن القواعد الفقهية ما وضعت إلا لمصلحة الناس وضبط معاملاتهم التي يجب أن تخضع لأعرافهم حتى لا يجمد الفقه أمام ما يجد من حوادث بحسب اختلاف الأحوال وتغير الزمن.

وقد ترك فقهاء الحنفية القياس للعرف والتعامل وقدموه عليه وقالوا: إن العرف يقضي على القياس.. وقال حافظ الدين النسفي[٣]:

«الأصول ثلاثة الكتاب ويتبعه شرع من قبلنا، والسنة ويتبعها الآثار، والإجماع ويتبعه التعامل والقياس أصل رابع ويتبعه التحري واستصحاب الحال».

ثم قال عند كلامه على أخذ الأجرة على تعليم القرآن: «ولا بد أن يختلف الحكم باختلاف الأوقات).

---

(١) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٩ وما بعدها.
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ج ٥ ص ١٢٥
(٣) المستصفى للنسفي مخطوط ورقة ٥

وقد حكى الامام القرافى الإجماع على تغير الأحكام التى مدركها العرف بتغير تلك العوائد وما ذكره فى هذا الصدد أوضح مما ذكره غيره. قال فى الأحكام(١) :

« ما الصحيح فى هذه الأحكام الواقعة فى مذهب الشافعى ومالك وغيرهما المترتبة على العوائد وعرف كان حاصلا حال جزم العلماء بهذه الأحكام ، فهل إذا تغيرت تلك العوائد وصارت العوائد لا تدل على ما كانت تدل عليه أولا فهل تبطل هذه الفتاوى المسطورة فى كتب الفقهاء ، ويفتى بما تقتضيه العوائد المتجددة أو يقال نحن مقلدون ، وما لنا إحداث شرع لعدم أهليتنا للإجتهاد فنفتى بما فى الكتب المنقولة عن المجتهدين » اهـ .

وبعد أن أورد القرافى هذا السؤال أجاب بما نصه :

« إن إجراء الأحكام التى مدركها العوائد مع تغيير تلك العوائد خلاف الإجماع وجهالة فى الدين ، بل كل ما هو فى الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليس تجديداً للإجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيهم أهلية الاجتهاد بل هذه قاعدة اجتهد فيها العلماء وأجمعوا عليها فنحن نتبعهم من غير استئناف اجتهاد ألا ترى أنهم لما جعلوا أن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود ، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه ، فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيناً ما انتقلت العادة إليه وألغينا الأول لانتقال العادة عنه ، وكذا الإطلاق فى الوصايا والأيمان وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام فى تلك

---

(١) الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ص ٦٧ ، ٦٨

الأبواب ، وكذلك الدعاوى إذا كان القول من ادعى شيئاً لأنه العادة ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه » اهـ .

وكذلك لو اختلفت العادات والأعراف من بلد إلى آخر أو انتقل المرء من بلد إلى آخر لأهله من العادات والأعراف فى معاملاتهم ما ليس فى البلد الذى كان فيه فإن معاملاته تخضع لتلك العادات والأعراف إذا كان عالماً بها أما إذا لم يكن عالماً بها فإنه يفتى بناء على عادته فى بلده .

وقال القرافى بعد عبارته المتقدمة :

« ومن هـــذا الباب ما روى عن الإمام مالك — رضى الله عنه — إذا تنازع الزوجان فى قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض » قال القاضى اسماعيل : « هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها واليوم عادتهم على خلاف ذلك ، فالقول : قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد » ثم قال : « إذا تقرر هذا فأنا أذكر من ذلك أحكاماً نص الأصحاب على أن المدرك فيها العادة وأن مستند الفتيا فيها إنما هو العادة والواقع اليوم خلافه فيتعين تغيير الحكم على ما تقتضيه العادة المتجددة » اهـ .

ثم ذكر القرافى الأحكام التى أشار إليها وكيف تغير الحكم فيها تبعاً للعرف والعادة وهى بعض ألفاظ الطلاق والمعاملات التى تعارفها الناس زمناً ثم تغيرت وأصبح معناها غير معروف فإذا ما وقعت اليوم فى عقد فإنه يكون باطلا وإن كان موجوداً فى كتب الفقه حيث أن الناس لا يتعاملون به اليوم ولم تجر به عادة بينهم . ومن ألفاظ الطلاق التى

ذكرها ، خلية وبرية أو وهبتك لأهلك ، فإن من حلف بها يلزمه الطلاق الثلاث إذا اشتهرت فى ذلك كما كان فى عهد الإمام مالك رضى الله عنه — وقد ذكرت كتب المالكية أن مالكا — رحمه الله تعالى — أفتى بوقوع الطلاق فيمن قال لزوجته « أنت خلية وبرية أو حرام حيث كان ذلك معروفاً فى عهده فى إزالة العصمة » .

وقال القرافى : « إنه يجب الحكم فى هذه الألفاظ بطلقة واحدة ولا يصح الحكم فيه بوقوع الثلاث إلا إذا كان عرف أهل البلد جرى بذلك » .

ثم قال فى الفروق(١) :

« وإياك أن تقول إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث لأن مالكا — رحمه الله تعالى — قاله أو لأنه مسطور فى كتب الفقه لأن هذا غلط بل لابد أن يكون ذلك الفهم حاصلا لك من جهة الاستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام . كما فى لفظ الدابة والبحر والراوية فالفقيه والعامى فى هذه الألفاظ سواء فى الفهم ولا يسبق إلى أفهامهم إلا المعانى المنقول إليها فهذا هو الضابط . . فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك فى الكتب بل المسطر فى الكتب تابع لاستعمال الناس » اهـ .

وقال فى تعليقه على الأحكام والألفاظ التى ذكر أنها ذكرت فى كتب الفقهاء(٢) .

« إنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة فى ذلك بل تمضى الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها : أنت خلية ولا وهبتك لأهلك ولا تستعمل هذه الألفاظ فى إزالة العصمة ولا فى عدد

---

(١) الفروق جـ ١ ص ٤٤

(٢) الأحكام ص ٧٠ ويراجع الآن فى « صيغة التصرف » .

طلقات فالعرف حينئذ فى هذه الألفاظ منفى قطعاً وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة عند عدم النية والبساط . وفى اللغة لم توضع هذه الألفاظ لغة ولا عرفاً ولا نية ولا بساطاً(١) فهذه الأحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة إجماعا وحرام على قائلها ومعتقدها .. نعم لفظ الحرام فى عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة دون عدد ، وهى مشتهرة فى ذلك بخلاف ما ذكر ومقتضى هذا : أن يفتى بطلقة رجعية ليس إلا وينوى فى غيرها من الألفاظ التى ذكرت معها فإن لم يكن له نية ولا بساط لم يلزمه شىء لأنها من الكنايات الخفية على هذا التقدير » اهـ .

وعلى ذلك فإن ما أفتى به المتقدمون من الفقهاء كان مراعاة لعرف زمانهم الذى اقتضى نقل هذه الألفاظ لهذه المعانى التى تعارفوا عليها وقد تغير الزمن وأصبح الناس لا يستعملونها فيما كانت تستعمل فيه فلا تعتبر حينئذ فى الفتوى ويعتبر العرف الجارى وقت الفتوى أو الحكم وقد تقدم عن القرافى حكاية الإجماع على ذلك وقال أيضاً :

« يفتى لكل أهل بلد بما تجرى به عادتهم ومن أفتى بغير ذلك كان خارقاً للاجماع فإن الفتيا بغير مستند مجمع على تحريمها ، وإجماع المسلمين على أنه إذا تغيرت العادة تغير الحكم وحرمت الفتوى بالحكم الأول ، وإذا وضح ذلك اتضح أن من لاحظ تنقل العوائد فى ذلك أنه على الصواب » اهـ .

ولما كان العرف مدركاً للفقيه ومستنداً للحاكم والمفتى فى كثير من الأحكام لأن طبيعة الناس فى أعرافهم ومعاملاتهم مختلفة ومتغيرة

---

(١) بساط اليمين — عند المالكية — هو السبب الحامل على اليمين ، وهو أحد مقتضيات اليمين الخمسة عندهم وهى النية والبساط ، والعرف القولى والعرف الشرعى والعرف الفعلى .

وليست لها صفة الدوام والبقاء واشترط فى المجتهد كما تقدم أن يكون عالماً بأعراف الناس وعوائدهم قال الفقهاء :

« من جهل أهل زمانه فهو جاهل » لأن الحكم على غير ما يجرى به العرف باطل وحرام . يقول القرافى (فى الفروق) (١) :

« إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود فى المعاملات والعيوب فى الأعراض والبياعات . وبهذا القانون تراعى الفتاوى عد طول الأيام فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا يجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين ، وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النيه وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية » اهـ

وقد علق ابن القيم على كلام القرافى بعد أن نقله بنصه تقريباً فقال :

« وهذا محض الفقه ومن أفتى الناس بمجرد المنقول فى الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم فقد ضل وأضل وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما فى

---

(١) الفروق جـ ١ ص ١٧٦ ، ١٧٧ ويراجع الأحكام للقرافى ص ٧٣

كتاب من كتب الطب على اختلاف أبدانهم بل هذا الطبيب الجاهل وهـذا المفتى الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان»[١] .

وهـذا المبدأ (مبدأ تغير الأحكام المترتبة على العوائد) لم يفت فيه الفقهاء فقط بما خالف المروى عن الأئمة وإنما أفتوا بمخالفة النصوص الشرعية المعللة بالعرف إذا تغير العرف للضرورة والمصلحة وعللوا ذلك بالحاجة واختلاف الزمان وتغير الأحوال وأن الحكم يتبع علته وجوداً وعدماً .

ومن الأمثلة على ذلك : تجويز فقهاء الحنفية التسعير عند الحاجة مع ورود النهى عنه ومنع الإمام أبي حنيفة وصاحبيه من التسعير ، وورد عن فقهاء المالكية القول بجواز التسعير إذا كان فيه رفعاً للضرر وضبطاً لسير التعامل بين الناس بلا إجحاف بالبائع أو المشترى . . يقول الباجى فى المنتقى نقلا عن ابن حبيب[٢] :

« ينبغى للإمام أن يجمع وجوه أهل السوق ويحضر غيرهم استظهاراً على صدقهم فيسألهم عن البيع والشراء والأسعار ويسعر بما فيه رضاهم ورضا العامة حتى لا يضر بالفريقين وأما إذا سعر لهم بما فيه إجحاف لهم ولا ربح فيه يؤدى إلى فساد الأسعار وإخفاء الأقوات وإتلاف أموال الناس » اهـ .

ومن الصور التى تغير فيها الحكم تبعاً لتغير الزمن واختلاف أحوال الناس أن المطلق فى زمن النبى — صلى الله عليه وسلم — وزمن أبي بكر

(١) أعلام الموقعين رقم ٣ ص ٦٦

(٢) المنتقى شرح الموطأ جـ ٥ ص ١٩ ويراجع ما يأتى .

وصدراً من خلافة عمر — رضى الله عنهما — إذا جمع الثلاث بلفظ واحد فإنه يقع واحدة كما ثبت ذلك فيما رواه مسلم عن معمر وابن جريج عن ابن طاوس عن أبيه ، أن أبا الصهباء قال لابن عباس — رضى الله عنهما — « ألم تعلم أن الثلاث كانت تجعل على عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وأبى بكر وصدراً من خلافة عمر واحدة قال نعم ، وفى رواية أن ابن عباس قال : فلما كان فى عهد عمر تتابع الناس فى الطلاق فأجازه عليهم » .

وقد روى الإمام أحمد — رحمه الله تعالى — عن ابن عباس — رضى الله عنهما — قال :

« طلق أبو ركانة امرأته فى مجلس واحد ثلاثاً لحزن عليها ، فقال له رسول الله — صلى الله عليه وسلم فإنها واحدة » وفى رواية أبى داود « فقال النبى — صلى الله عليه وسلم — راجع امرأتك فقال : إنى طلقتها ثلاثاً ، قال: قد علمت فراجعها » اهـ (١) .

ثم ذهب عمر وابن عباس وعائشة ورواية عن الأئمة الأربعة والجمهور — رضى الله عنهم أجمعين — إلى أنه يقع به الثلاث ، وقد أمضى عمر — رضى الله عنه — إيقاع الثلاث معللا ذلك بقوله : « إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم فأمضاه عليهم » .

وعمر — رضى الله عنه — لم يخف عليه أن الطلاق بلفظ الثلاث واحدة هو السنة ، وأنه توسعة من الله لعباده ، وأن لفظ الحديث دليل على أن إرسال الثلاث فى لفظ واحد يكون طلقة واحدة ، وهذا الاحتمال هو الذى جرى عليه أهل الظاهر وقلدهم فيه فقهاء العصر الحاضر .

---

(١) يراجع نيل الأوطار وسبيل السلام جـ ٣ ص ١٧٤ — فى العرف والإجماع .

ويمكن أن يقال : إن المعنى أن الناس يطلقون اليوم ثلاثاً فى لفظ واحد بينما كانوا لا يفعلون ذلك فى عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر والصدر الأول من خلافة عمر — رضى الله عنهما — وإنما كانوا يطلقون واحدة فتحسب واحدة فلو طلقوا فى عهده — صلى الله عليه وسلم — ثلاثاً لألزمهم بالثلاث ، وهذا هو رأى جمهور الأئمة ، ويدل له قول عمر رضى الله عنه أن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة ... الخ .

وقد دل على وقوع الثلاث واحدة كما يقول ابن القيم — الكتاب والسنة والإجماع القديم — (أى الذى حدث فى عهد أبى بكر والصدر الأول من خلافة عمر) ولم يأت بعده إجماع يبطله ولكن رأى أمير المؤمنين عمر — رضى الله عنه — أن الناس قد استهانوا بأمر الطلاق وكثر منهم إيقاعه جملة واحدة فرأى من المصلحة عقوبتهم به بإمضائه عليهم ليعلموا أن أحداً منهم إذا أوقعه جملة بانت منه المرأة وحرمت عليه حتى تنكح زوجا غيره .

وعمر — رضى الله عنه — قد رأى فى هذا الحكم زجراً عن الاسترسال فى الطلاق الذى تتابع الناس فيه وقد تحقق المقصود من ذلك فى زمن عمر رضى الله عنه — لأن الناس فى زمنه تلاعبوا بألفاظ الطلاق وطلقوا على غير السنة فألزمهم عمر — رضى الله عنه — به عقوبة لهم على ما فعلوا .

يقول ابن القيم :

« فهذا مما تغيرت به الفتوى لتغير الزمان وعلم الصحابة — رضى الله عنهم — حسن سياسة عمر وتأديبه لرعيته فى ذلك فوافقوه على ما ألزم

---

(١) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٧١

به وصرحوا لمن استفتاهم بذلك . . . لأنهم رأوا مفسدة تتابع الناس في إيقاع الثلاث لا يندفع إلا بإمضائها عليهم ، فرأوا مصلحة الإمضاء أقوى من مصلحة عدم الوقوع »[1] اهـ .

وهذا وقد رأى كثير من الفقهاء أن الأمور تغيرت ولم يعد هذا التقييد في الطلاق مفيداً فيجب أن تعود الفتوى إلى ما كان في عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وقلدوا في ذلك أهل الظاهر .

ومن الأمثلة على « مبدأ تغير الأحكام المترتبة على العوائد (إيجاب الدية على العاقلة) » . وسيأتي الحديث عنها في (العرف والإجماع) .

وهذا وقد رجح المتأخرون من فقهاء الحنفية ، القول الضعيف على ظاهر الرواية عندهم مع اعترافهم بضعف دليله تبعاً لتغير الزمان والعرف لأن الوقوف مع ظاهر الرواية يلحق بالناس الضرر ويوقعهم في الحرج . ومثال ذلك : أن ظاهر الرواية عندهم : أنه يجوز للمرأة أن تزوج نفسها من غير ولي . وفيه قول ضعيف وهو : أن المرأة لاتزوج نفسها إلا بولي .

وأفتى المتأخرون بعدم صحة نكاح المرأة إلا بولي في غير كفء مع أنها رواية ضعيفة بناء على فساد الزمان وتغير الأحوال .

وكذلك قال فقهاء المالكية بالعمل بالأقوال غير المشهورة في المذهب إذا جرى العمل بها قال « صاحب شرح عمل فاس » :

« ومعلوم أنه إذا تعارض المشهور والضعيف الذي جرى به العمل يقدم الضعيف الذي جرى به العمل وحيث كان كذلك فقد تعين الأخذ

---

(١) ابن القيم في أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٢ ، ٥٢ ، والسياسة الشرعية ص ١٨ ، ٩٠ ، وزاد المعاد جـ ٢ ص ٧٣

مما جرى به العمل وارتفع اعتبار الخلاف فى تلك النازلة بسبب جريه — أى لم يجز العدول عنه ولا الأخذ بخلافه » اهـ .

ثم ذكر شروطاً لتقديم الضعيف الذى جرى به العمل نص عليها غير واحد من فقهاء المذهب .

١ — ثبوت عمل العلماء بذلك الضعيف من غير شك وإلا تعين العمل بالمشهور .

٢ — كون العاملين به أهلا للاقتداء بهم .

٣ — أن يكون عملهم به لمصلحة وسبب .

٤ — معرفة المكان لأن العمل قد يكون خاصاً ببعض الأمكنة دون بعض وقد يكون عاماً فى جميع الأمكنة .

٥ — معرفة الزمان لأن العمل قد يكون خاصاً فى بعض الأزمنة دون بعض وقد يكون عاماً فى جميع الأزمنة لأن المصلحة قد تكون فى زمان دون آخر وقد تستمر فى جميع الأزمنة(١) .

وهذا الذى ذكر يدل على أن العادات والأعراف كما تقدم أسباب اعتبرها الشارع وبنى عليها الأحكام فما بنى عليه حكم منها فهو مستمر باستمراره وبقائه متغير بتغيره واختلافه كما يقدم القول الضعيف إذا جرى به العمل أو اقتضى العمل به للحاجة والضرورة لما يترتب عليه من مصالح معتبرة فى الشريعة الإسلامية .

---

(١) جنى زهر الآس شرح عمل فاس لعبد الصمد كنون ص ٤

وأخيرا : هذا التبديل والتغيير ليس نسخا :

قال الإمام الشاطبي في الموافقات : في حديثه عن اختلاف الأحكام باختلاف العادات : «إن ما جرى ذكره من اختلاف الأحكام عند اختلاف العوائد فليس في الحقيقة باختلاف في أصل الخطاب لأن الشرع موضوع على أنه دائم أبدي لو فرض بقاء الدنيا من غير نهاية والتكليف كذلك لم يحتج في الشرع إلى مزيد ، وإنما معنى الاختلاف أن العوائد إذا اختلفت رجعت كل عادة إلى أصل شرعي يحكم به عليها»[1] اهـ .

فالأحكام الشرعية باقية بالنسبة للوقائع والحوادث بلا رفع ولا تغيير وإنما الذي تغير وتبدل هو مناط الحكم فإذا ارتفع المناط ارتفع الحكم لعدم مناسبته وملاءمته .

ومثال ذلك : ما إذا جرى العرف بدفع الصداق قبل الدخول فيكون القول قول الزوج إذا ادعت الزوجة بعد الدخول أنها لم تقبض صداقها ويحكم بقول الزوج بناء على العرف والعادة وإذا تغير العرف فإن القول قول الزوجة بعد الدخول بناء على العرف وهذا ليس باختلاف في الحكم بل الحكم لمن ترجح قوله بالعرف والعادة التي شهدت له . فهذه الأحكام ليس فيها شيء من النسخ ولا يستطيع أحد ادعاء ذلك ، وليس فيها تغيير لمدلول النص الشرعي بحال من الأحوال وإن تغير بعض الأحكام المعللة بالعرف أو الحاجة والمصلحة ودفع الضرر إنما يحدث حتى تلائم روح الشريعة الإسلامية المبنية على اليسر ورفع الحرج . كما قال تعالى : «يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر» ، «ما جعل عليكم في الدين من

(١) الموافقات جـ ٢ ص ٢٨٢

خرج » : وجاء فى الحديث الشريف : « يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا » و « خذوا من العمل ما تطيقون »(١) .

وشأن النسخ أنه إذا نسخ الحكم فإنه يرتفع ولا ينظر إليه بعد ذلك أما التغيير فى هذا الموضوع فإنه قد يعود الحكم الأول الذى ترك لتغير العادة إذا عاد اليها الناس مرة أخرى أما النسخ فهو ترك أو تغيير الحكم الأول إلى الثانى ليس إلا ، كما أن الأحكام التى جاءت النصوص الشرعية بأنها ثابتة مستمرة فإنها لا تتغير مهما تغير العرف أو تبدل . وفى حاشية الأمير : « إنما يحكم العرف فى المعاملات ولا ينسخ سنة » اهـ .

قال ابن القيم فى إغاثة اللهفان :

« الأحكام نوعان : نوع : لا يتغير عن حالة واحدة هو عليها لا بحسب الأزمنة والأمكنة ولا اجتهاد الأئمة كوجوب الواجبات وتحريم المحرمات والحدود المقدرة بالشرع على الجرائم ونحو ذلك فهذا لا يتطرق إليه تغيير ولا اجتهاد مخالف لما وضع عليه .

والنوع الثانى : ما يتغير فيها بحسب المصلحة فشرع التعزير بالقتل لمدمن الخمر فى المرة الرابعة وعزم بحرق البيوت على المتخلف عن حضور الجماعة لولا ما منعه من تعدى العقوبة إلى غير من يستحقها من النساء والذرية . . وعذر بالعقوبات المالية فى عدة مواضع وعدة مسائل . . وكذلك أصحابه — صلى الله عليه وسلم — تنوعوا فى التعزيرات بعده فكان عمر — رضى الله عنه يحلق الرأس وينفى ويضرب ويحرق حوانيت الخمارين والقرى التى تباع فيها الخمر وحرق قصر سعد بن أبى وقاص فى الكوفة لما

---

(١) البخارى ومسلم .

احتجب عن الرعية وكان له — رضى الله عنه — فى التعزير اجتهاد وافقه عليه الصحابة بكمال نصحه ووفور علمه، وحسن اختياره للأمة وحدث أسباب اقتضت تعزيره بما يردعهم لم يكن مثلها فى زمن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أو كانت ولكن الناس زادوا عليها وتتايعوا فيها، فمن ذلك أنهم لما زادوا فى شرب الخمر وتتايعوا فيه وكان قليلا فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — جعل عمر حده ثمانين ونفى فيه، ومن ذلك اتخاذه داراً للسجن ومن ذلك ضربه للنوائح حتى بدا شعرها، وهذا باب واسع وقع فيه الاشتباه على كثير من الناس تبعاً لاختلاف المصالح وجوداً وعدماً، اهـ (١).

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا(٢) :

«فالحقيقة أن الأحكام الشرعية التى تتبدل بتبدل الزمان مهما تغيرت بتغيره فإن المبدأ الشرعى فيها واحد وما تبدل الأحكام إلا تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع فإن تلك الوسائل والأساليب فى الغالب لم تحددها الشريعة الإسلامية لكى يختار منها فى كل زمان ما هو أصلح فى التنظيم نتاجا وأنجح فى التقويم علاجا» اهـ.

(ب) التقسيم الثانى للعرف :

ينقسم العرف إلى قولى وعملى، وكل منهما إلى عام وخاص، واستعمالى صحيح أو فاسد على الوجه الآتى :

(١) إغاثة اللهفان من مكايد الشيطان ج ١ ص ٣٤٦ وما بعدها (باختصار).

(٢) المدخل الفقهى العام ج ١ ص ٩١٥ ف ٥٤٠

١ — العرف القولى

العرف القولى : هو أن يتعارف الناس إطلاق اللفظ على شيء معين ، وهذا عرف الاستعمال .

وعرف القرافى «العرف القولى» فقال :

« العرف القولى : أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ فى معنى معين ولم يكن ذلك لغة »(١) .

وعرفه ابن أمير حاج فقال(٢) :

« العرف القولى أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى . كالدابة على الحمار والدرهم على النقد الغالب » .

ومعنى ذلك أن يصير المعنى الذى أطلق عليه اللفظ فى العرف متبادراً عنه عند سماعه بحيث لا يفهم منه سوى ذلك المعنى .

وقد يطلق اللفظ فى العرف ويراد به بعض مدلوله كالدرهم على النقد الغالب فيصير مقصوراً على نوع معين منها ، بعد أن كان يطلق على جميع الدراهم بعد أن أصبح فى المجتمع ما يشبه الاتفاق على هجر المعنى الأول بتكرر الاستعمال للمعنى الثانى الذى شاع استعماله فى العرف واستقر فى وجدان المجتمع وهذا الاستعمال بمثابة وضع جديد للفظ كما يطلق اللفظ ويراد به غير مدلوله مثل قتل زيد عمراً ، ويراد به الضرب الشديد .

---

(١) الفروق جـ ١ ص ١٧١

(٢) التقرير والتحبير جـ ١ ص ١٨٢

قال القرافى فى الأحكام(١) :

« إن معنى العادة فى اللفظ أن ينقل إطلاق لفظ واستعماله فى معنى حتى يصير هو المعتاد من ذلك اللفظ عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه ، وهو الحقيقة العرفية ، وهو المجاز الراجح فى الأغلب وهو معنى قول الفقهاء : إن العرف يقدم على اللغة عند التعارض » اهـ .

ومثال ذلك تعارف الناس إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع أنه فى اللغة يشمل النوعين وجاء ذلك فى القرآن الكريم . قال الله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد »(٢) . وكتعارفهم إطلاق لفظ الدابة على ذوات الأربع مع أنها فى اللغة لكل ما يدب ، وكذلك تعارفهم عدم إطلاق لفظ اللحم على السمك مع أن اللغة لا تمنع ذلك وسماه القرآن لحماً بالقيد فى قوله تعالى : « وهو الذى سخر البحر لتأكلوا لحماً طرياً وتستخرجوا منه حلية تلبسونها »(٣) . ومن ذلك وضع القدم فى دار فلان ، ثم دخلها راكباً حنث بناء على العرف ولو وضع رجله فيها دون أن يدخل وهو فى الخارج لم يحنث .

وكما ينقل العرف اللفظ المفرد كما ذكر ينقل المركب : « وضابط النقل فى المركبات أن يكون شأن الوضع اللغوى تركيب لفظ مع لفظ ثم يشتهر فى العرف تركيبه مع غيره . ومثال ذلك : قوله تعالى : « حرمت عليكم أمهاتكم » وقوله تعالى « حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير » والأحكام إنما تضاف للأفعال دون الأعيان فالتحريم فى الأمهات وما ذكر فى الآية

---

(١) الإحكام ص ٦٨ ، ٦٩

(٢) سورة النساء ١٢

(٣) سورة النحل ١٤

ليس من حيث الذات بل المراد الاستمتاع ولزم تعلق التحريم بجميع أنواع الاستمتاع وكذلك عين العرف الانتفاع بشيء من الميتة فتعلق التحريم بالانتفاع .

وقال الفقهاء : « إنه لما استحال تعلق الأحكام الشرعية بالأعيان وجب أن يضمر فى الكلام ما يصح أن يتعلق به التحريم . ويعين المضمر بالعرف، لأن العرف والسياق يدلان على أن المضمر هو المعنى المقصود فى الآية الأولى . وهو الاستمتاع وفى الثانية الأكل » .

وقال المالكية :

« المقصود تحريم الانتفاع بشيء من الميتة مطلقاً لأنه لما تعذر تعلق التحريم بالميتة نفسها وجب الإضمار ولما لم يتعين شيء وجب إضمار كل مقدر يصح إضماره والانتفاع منه فوجب تعلق التحريم به » .

قال القرافى(١) :

« وجميع ما يرد من الأحكام كان أصله أن يضاف إلى الأفعال ويركب معها فإذا ركب مع الذوات فى العرف وما بقى يستعمل فى العرف إلا مع الذوات ، فصار هذا التركيب الخاص وهو تركيب الحكم مع الذوات موضوعاً فى العرف للتعبير به عن تحريم الأفعال المضافة لتلك الذوات ، وليس كل الأفعال بل فعل خاص مناسب لتلك الذوات) اهـ .

ومن النقل فى المركب أفعال ليست بأحكام مثل قولهم فى العرف :

---

(١) الفروق جـ١ ص١٧١ ومفتاح الوصول فى ابتناء الفروع على الأصول ص٨٩ ، ٩٠ . ونفائس الأصول شرح المحصول للقرافى (مخطوط) جـ ١ ك ٤٠ .

أكلت رأساً وأكل رأساً فإنه ينصرف إلى ما تعارف الناس أكله من الرءوس فيطلق اللفظ فى العرف ويراد به بعض ما يدل عليه وهو تخصيص للعام الذى تناوله لفظ الرأس، وذلك أصبح متعارفاً فى دلالته على بعض المدلول، ومثل ذلك لفظ الدابة فى قول القائل: ركبت دابة، فإنه أريد به غير ما وضع له.

ومن النقل العرفى فى المركبات إستعمال اللفظ فى الدلالة على غير مدلوله مثل: قتل زيد عمراً، ويراد به الضرب الشديد. ومن أمثلة ذلك قولهم: «قتل فلان قتيلا وطحن دقيقاً» ومن ذلك قول علماء الفرائض: «مات الميت عن كذا وترك كذا» فإنه فى اللغة غير صحيح لأن القتيل لا يقتل وإنما يقتل الحى، والدقيق لا يطحن وإنما يطحن القمح، والميت لا يموت وإنما يموت الحى وهو صحيح فى العرف لأنه فى الاستعمال العرفى صار موضوعاً فى المثال الأول لقتل الحى، وفى الثانى اطحن القمح، وفى المثال الثالث لموت الحى، وإن كان يصح فى اللغة، بمحذوف مضاف وفى العرف لا ينظرون إلى هذه المضافات ولا تخطر ببالهم.

وهكذا فإن العرف القولى لا يكون إلا إذا نقلت الألفاظ عن معناها اللغوى كما تقدم، أما إذا استمر المعنى اللغوى متعارفاً فلا يسمى عرفاً قولياً أو حقيقة عرفية، وإنما هى حقيقة لغوية مشهورة سواء كان ذلك فى المفردات أو المركبات كما فى الدابة بالنسبة إلى ذوات الحوافر فهذا مجاز مفرد ومنقول عرفى حيث تطلق الدابة فى مصر على الحمار وعلى الفرس فى العراق.

أما فى المركبات فهى منقولات عرفية ومجاز فى المركب، وبهذا تعتبر الحقائق العرفية حيث بلغ استعمالها وتكرره إلى هجر المعنى الأول. وفى ذلك يقول الأصوليون:

« الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية » ، « والحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة » وقال القرافي في الفروق :

« إذا ظهر أن العرف كما ينقل أهله اللفظ المفرد ينقلون أيضاً المركب فمثل هذا النقل العرفي يقدم على موضوع اللغة لأنه ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ فهذا معنى قولنا : الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية » (١) .

وقد اعتبر الفقهاء العرف القولي فحملوا عليه ألفاظ التصرفات ولاحظوا ذلك في القضاء والفتوى وقالوا : كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه فإنه كان المتكلم هو الشارع حملنا لفظه على عرفه وذلك مثل لفظ الصلاة فإنها تطلق في الشارع على الأفعال والأقوال المخصوصة التي بينها ، وفي اللغة الدعاء فإذا قال النبي — صلى الله عليه وسلم — لا يقبل الله صلاة بغير طهور يحمل على عرف الشارع لا اللغة ، وكذلك ما ورد في الشارع من ألفاظ أعطاها معنى شرعي أو تعلق بها حكم شرعي مثل الزكاة والصوم والحج وغير ذلك .

ومثل هذا أقوال الناس التي تدور عليها العقود والتصرفات فإنها تحمل على عرفهم في مخاطباتهم وما يترتب على ذلك من التزامات فإنها تجري على حسب ما يفيده اللفظ في العرف (٢) .

---

(١) الفروق للقرافي جـ ١ ص ١٧٣

(٢) يراجع الآتي في العرف الذي تحمل عليه الألفاظ .

٢ — العرف العملى

العرف العملى : هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه فى معاملاتهم وتصرفاتهم كتعارف الناس البيع بالتعاطى والاستصناع وتعارفهم طبع أوراق بأسعار الأمتعة وكتعارفهم على أن وضع اليد على العين مدة طويلة دليل الملكية .

والأعراف والعادات التى تجرى بين الناس فى معاملاتهم تقوم مقام النطق بالألفاظ الدالة على الإذن فى الشىء أو المنع منه ، أو يكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد وللقاضى أن يقضى وللمفتى أن يفتى وكل ذلك يقوم مقام اللفظ فى التعبير عن المقصود .

قال ابن القيم : « وقد أجرى العرف مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع »(١) .

وقال عز الدين بن عبد السلام :

« فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما »(٢) .

ومن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء فى هذا الموضوع :

« التوكيل فى البيع المطلق فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد البلد تنزيلا للعادة الجارية فى المعاملات منزلة صريح اللفظ ، ولذا لو وكل آخر فى بيع متاع ثمنه ألف جنيه مثلا فباعه بعشرة أو نحوها فإن هذا فى العرف والعادة غير مراد ولا داخل تحت لفظه فى الإذن » .

---

(١) أعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩٣ (٢) قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٣١

وكذلك حمل الإذن فى النكاح على الكفء ومهر المثل لأنه المتبادر إلى الأفهام فيمن وكل آخر بتزويج ابنته أو وليته .

ومنه ما يدل على الإذن فى الشىء كتقديم الطعام للضيف فإنه كالإذن الصريح فى تناوله ، وفى الاستصناع إذا استصنع الإنسان شيئاً فإنه يحمل على صناعة المثل ، والاستئجار فى الدور والحوانيت فإنه ينصرف فى كل شىء على ما يراد له فى العرف .

وقد ذكر ابن القيم والعز بن عبد السلام وغيرهما من الفقهاء أمثلة كثيرة فى هذا الموضوع إلا أن العز بن عبد السلام ، كان يحاول توجيه الأمثلة التى ذكرها مبيناً ما يحمل عليه العرف العملى فى كل مثال من الأمثلة التى ذكرها .

وقال ابن القيم بعد أن عدد أنواعاً كثيرة جرى فيها العرف مجرى النطق :

« وهذا أكثر من أن يحصر وعليه يخرج حديث عروة بن الجعد البارقى حيث أعطاه النبي — صلى الله عليه وسلم — ديناراً يشترى به شاة فاشترى شاتين بدينار فباع إحداهما بدينار وجاءه بالدينار والشاة الأخرى فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظى اعتماداً منه على الإذن العرفى الذى هو أقوى من اللفظى فى أكثر المواضع » اهـ .

وهذا صريح فى اعتبار العرف العملى وتنزيله منزلة النطق باللفظ فإذا كان للناس عادة فى شىء فإنها بعد استمرارها واستقرارها تعتبر فى بناء أحكام تصرفاتهم وتكون قرينة للقاضى والمفتى على المراد من هذه التصرفات ولذا قال القرافى فى الأحكام :

« فينبغى للمفتى إذا سأله مستفت لا يعلم أنه من أهل المذهب الذى منه المفتى وموضع الفتيا فلا يفتيه بما عادته الإفتاء به حتى يسأله عن بلده وهل حدث لهم عرف فى ذلك ، وأن العادتين متى كانتا فى بلدين ليستا سواء ان حكمهما ليس سواء »(١) اهـ .

فالعرف العملى أو العادة فى الفعل هى المحكّمة فيما يجرى بين الناس فى معاملاتهم ما يجب منها وما لا يجب تبعاً للعرف الجارى بينهم ، وما يدخل فى العقود تبعاً وما لا يدخل . وقد ترتب على ذلك ما ذكره الفقهاء من أن الشرط العرفى كاللفظى وقولهم : « المعروف كالمشروط » ، و « العادة الغالبة تنزل منزلة الشرط » ، و « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » ، و « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » .

ومعنى ذلك أن الناس إذا تعارفوا إعطاء الأجرة للصناع قبل القيام بالعمل أو بعده كان ذلك كاشتراطه قبل العمل أو بعده .

ولكن الإمام أباحنيفة – رحمه الله تعالى – يقول : « إذا لم يعين الأجرة فلا أجرة له . وقال أبو يوسف – رحمه الله تعالى – إن كان معاملا له فله الأجرة وإلا فلا بمعنى أنه إذا قام بينهما تعامل اتصل بعرف العمل فإن التعامل اللاحق يتبع التعامل السابق . وقال محمد بن الحسن – رحمه الله تعالى – إن كان يقوم بهذا العمل بالأجر وقيام حاله به كان القول قوله وإلا فلا اعتبارا للظاهر المعتاد »(٢).

---

(١) الأحكام فى تمييز الفتاوى عن الأحكام ص٧٣

(٢) أشباه ابن نجيم ص ٥٠

وقال ابن حجر فى فتح البارى(١) :

« اكترى الحسن البصرى — رضى الله عنه — من عبد الله بن مرداس حماراً فقال : بكم ، قال : بدانقين « ثلث درهم » ثم جاء مرة أخرى فقال : الحمار الحمار فركبه ولم يشارطه فبعث اليه بنصف درهم ولم يشارطه اعتماداً منه على الأجرة المتقدمة وزاده بعد ذلك على طريق الفضل ثم قال ابن حجر « ومثله » أنه إذا كان فى عرف البلد أن المشترى بعشرة دراهم يباع بأحد عشر فباعه المشترى على ذلك العرف لم تكن به بأس » اهـ .

وهذا إنما يتجه لو كانت السوق والظروف الاقتصادية ثابتة ولم تتغير .

وهذه القاعدة التي ذكرها الفقهاء (المعروف كالمشروط) قاعدة خلافية عند الفقهاء وقد تقدم ما ذكره الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — فى شأن العامل الذى لم يعين له أجرة أنه لا أجرة له وقريب منه ما أشار إليه محمد بن الحسن أنه لا اعتبار للظاهر المعتاد مالم تعين الأجرة وكذلك جاء الخلاف عن فقهاء الشافعية فى تنزيل العادة منزلة الشرط ، وقد جاء الحديث عنها بصيغة الاستفهام .

قال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر « العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط؟ »(٢) .

وقال السيوطى فى الأشباه والنظائر « العادة المطردة فى ناحية هل تنزل عادتهم منزلة الشرط ؟ »(٣) .

---

(١) فتح البارى جـ ٤ ص ٣٢٢
(٢) أشباه ابن نجيم ص ٥٠
(٣) أشباه السيوطى ص ٩٢

فرأى جمهور الفقهاء أن تنزيل العادة بمنزلة الشرط هو الذى يجب العمل به وقال جمهور الحنفية : إن عليه العمل والفتوى . وقد ذكر السرخسى فى المبسوط من كتاب (الإجارة) « والمعلوم بالعرف كالمشروط » أى كأنه شرط فى العقد وفيه أيضا « والثابت بالعرف كالثابت بالنص » أى كأنه منصوص عليه فى العقد صراحة (١) .

ومثال ذلك الشراء ممن اعتادوا تقسيط الثمن او البيع بأجل متعارف فيما بين التجار أو حلول الثمن وعدم تأجيله أو تقسيطه والتزام أجرة المثل فيمن دفع ثوبه إلى خياط أو صباغ اعتاد العمل بالأجرة كما تقدم عن محمد بن الحسن — رضى الله عنه — وقال الزيلعى : « والفتوى على رأى محمد » اهـ .

قال ابن نجيم : « ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول الحمام والدلال كما فى البزازية ومن هذا القبيل المعد للاستغلال » اهـ .

وفرع الحنفية على قولهم « المعروف كالمشروط » :

« لو جهز الاب ابنته جهازاً ودفعه لها ثم ادعى أنه عارية ولا بينة ففيه خلاف ، والفتوى أنه إن العرف مستمراً : أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكا لا عارية لم يقبل قوله وإن كان العرف مشتركا فالقول للأب » اهـ .

ويرى بعض فقهاء الشافعية : « أن تنزيل العادة منزلة الشرط خلاف الغالب » وأن ما اعتبرت فيه العادة فى بعض الفروع فهو مستثنى من الغالب ففى المسألة عندهم رأيان :

---

(١) المبسوط جـ ١٥ ص ١٧١ ، ١٧٢ والمنافع شرح الجامع ص ٣٢٤

الأول : العادة المطردة تنزل منزلة الشرط ، وهو موافق لرأى الجمهور .

الثانى : العادة لا تنزل منزلة الشرط .

وقال العز بن عبد السلام فى قواعد الأحكام :

« إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فانه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها والتمكين من سقيها بمائها لأن هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطا هما بلفظه ، فان قيل : لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط إبقاءها فى ملك البائع مدة فان ذلك لا يصح فلم صح هذا الاشتراط هنا ، قلنا لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه فكان من المستثنيات من القواعد العامة تحصيلا لمصالح هذا العقد » ا هـ(٢).

كما ذكر العز أيضاً « أن استصناع الصناع الذين جرت العادة بأنهم لا يعملون إلا بالأجر إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة لدلالة العرف على ذلك » .

ومما ذكره السيوطى مفرعاً على الخلاف بين الشافعية فى هذا قوله :

« لو عم فى الناس اعتبار منافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفسد الرهن ، قال الجمهور : لا ، وقال القفال : نعم .

وذكر ابن حجر الهيتمى : أن قول القفال قد ضعفه الجمهور .

---

(١) أشباه ابن نجيم ص ٤٩ ، ٥٠ .

(٢) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٢٧/ ١٣٠

« ومنها لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم وجهان أصحهما : لا . . ومنها لو دفع ثوباً مثلا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر أجرة وجرت عادته بالعمل بالأجرة فهل ينزل منزلة شرط الأجرة خلاف ، والأصح فى المذهب : لا ، واستحسن الرافعى : (نعم) وذكر السيوطى أن الأصح تنزيل العادة منزلة الشرط »[1] إ ه .

أما المالكية فقد تردد عندهم (العادة كالشرط) وقد اعتبروها ولم يختلفوا فى المسألة كما تقدم عن الشافعية والحنفية .

قال ابن فرحون فى تبصرة الحكام :

« قال ابن القاسم — رضى الله عنه — سألنا مالكا — رحمه الله تعالى عمن تزوج امرأة فأصدقها صداقاً فطلبت منه نفقة العرس ، هل ذلك عليه أم لا . قال : ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق ولا شىء ثابت ولا هو لها إن مات ولا نصفه إن طلق فردد عليه ، وقيل له يا أبا عبد الله : إنه شىء أجروه بينهم وهى سنتهم فقال : إن كان ذلك شأنهم فأرى أن يفرض عليهم . وقال ابن فرحون : سئل مالك عن الناكح : هل يلزمه لأهل المرأة هــــدية العرس وجل الناس تعمل به عندنا حتى إنه لتكون فيه الخصومة . أترى أن يقضى به ، قال : إذا كان ذلك قد عرف من شأنهم وهو عملهم لم أر أن يطرح عنهم إلا أن يتقدم فيه السلطان لأنى أراه أمراً قد جروا عليه »[2] إ ه .

وقد فرع المالكية على هذا أنه إذا جرت عادة قوم بقدر الصداق

---

(١) الأشباه للسيوطى ص ٩٠ وفتاوى ابن حجر الهيتمى ج ٤ ص ٥٧

(٢) تبصرة الحكام ج ٢ ص ٦٧ ، ٦٨

وعرفها العاقدان ، إن هذه العادة بمنزلة التسمية ويحكم بذلك القدر المتعارف عليه فى الصداق إذا لم يسم عند العقد ، لأن ما جرى به العرف يفرض على من لم يرد القيام به وقد جاء فى فقه المالكية (العادة كالشرط) فالتزمه . وجاء فى شرح تحفة الحكام :

« إذا كان للعرف أن الصداق إلى موت أو فراق ولكن عند الإشهاد يكتبونه على الحلول وطلبت الزوجة واحتجت بالكتابة المذكورة فهل تمكن من قبضه من الزوج إذا لم يكن طلاق . . سئل ابن عرفه عن ذلك . فقال : اختلف فيها الشيوخ ، فقيل : يقضى لها وقيل : لاجرى للعادة بأنه لا يطالب إلا إلى موت أو فراق . . لأن العادة كالشرط فالتزمه »(١) اهـ .

وجاء فى فقه الزيدية ما يفيد أن ما يدخل فى البيع تبعاً للعرف الذى جرى به التعامل فهو كالمشروط . قال صاحب « البحر الزخار »(٢) :

« ما يدخل فى البيت تبعاً قال الإمام يحيى : المتبع فيه العرف العام لا الخاص : ويدخل فى البيع ونحوه للمماليك ثياب البذلة وما تعرف به لاما فى يده ، وما للزينة كالعمامة والمنطقة والخاتم . قلت : إلا لعرف ، وقيل ما يستر العورة فقط ، قلنا : المتبع العرف ، وفى الخيل والبغال العذار ، وقال الإمام يحيى : واللجام فى عرفنا وكذا فى الحمير التى تلجم لا السرج والحزام والعباءة واللبد والشكال والقيد ونقالة البغال وأكاف الحمار وحقيبة الجمل قلت إلا لعرف ، وفى الأرض الماء إلا لعرف كبلاد الرى وخراسان ، وقال الإمام يحيى : والسواقى والمساقى والحيطان والطرق المعتادة إن كانت » اهـ .

---

(١) البهجة شرح التحفة جـ ١ ص ٢٧٦ (٢) جـ ٣ ص ٣٧٣

وقد أخذ بهذه القاعدة مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٤٣) المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً . والمادة (٤٤) المعروف بين التجار كالمشروط بينهم .

قال صاحب (مرآة المجلة) فى شرح هذه المادة :

« يعنى أن السند المعروف بينهم يجرى على عرفهم فالمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، مما يفرع عليه : الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بأجل متعارف فيما بين التجار فى تلك الساعة جاز عند علمائنا وإن باع بأجل غير معروف فيما بين التجار بأن باع إلى خمسين سنة أو ما أشبه ذلك فعلى قول أبى حنيفة يجوز ، وعلى قول أبى يوسف ومحمد لا يجوز » اهـ .

وتقدم ما مر عن فتح البارى : أن شريحاً القاضى قال للغزاليين « سنتكم بينكم » .

ومثل هذه القاعدة قول الفقهاء « التعيين بالعرف كالتعيين بالنص »

وقد أخذتها مجلة الأحكام العدلية فى المادة (٤٥) وفرع عليها الفقهاء

« أن المستأجر الدور ينصرف إلى السكنى وإذا أطلق الواقف وقفه يحمل على الاستغلال لا السكنى حيث كان عرف الواقفين كذلك » .

وفى العارية قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة فالمطلقة أن يستعير شيئاً ولم يبين أيستعمله بنفسه أو بغيره ، أو لم يبين كيفية الاستعمال وحكمها أن تنزل منزلة المالك ، وكل ما ينتفع به المالك للدابة مثلا ينتفع به المستعير من الركوب والحمل ، وله أن يركب ويحمل ولكن بالقدر المتعارف لا زيادة عليه فيكون سبباً فى إتلافها ، وإذا تسبب فى إتلا

بزيادة حمل أو غير ذلك ، ضمن عند المالكية(١) : وأما عند الإمام الشافعى وأحمد وابن عباس وغيرهم — رضى الله عنهم أجمعين — فالعارية مضمونة مطلقا(٢) .

وقال الحنفية : إن شرط ضمان العارية شرط فاسد ، لأنه إذا هلكت العارية فإن الضمان يكون فى غير معاوضة مالية .. ونقل الزيلعى رواية تفيد صحة اشتراط الضمان مستدلا بما رواه الإمام أحمد وأبو داود والنسائى : « أن النبى ﷺ استعار يوم حنين أدرعا من صفوان ابن أمية ، فقال : أغصبا يا محمد . قال : بل عارية مضمونة »(٣) .

قال بعض الحنفية : « ومقتضى هذه الرواية أنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك ينبغى أن تضمن » .. وذلك لأنه شرط صحيح لورود الشرع به فقد ذكر ابن نجيم فى الأشباه : « والعارية إذا اشترط فيها الضمان على المستعير تصير مضمونة عندنا » اهـ .

وعلى ذلك فإنه إذا تعورف ضمان العارية عند الهلاك فيجب اتباع العرف وما لم يتعارف ضمانها فلا تضمن ، وذكر ابن حزم فى مراتب الإجماع ، أن الفقهاء(٤) :

« أجمعوا على أن المستعير إذا تعدى فى العارية فإنه ضامن لما تعدى فيه منها عما باشر إفساده بنفسه » اهـ . وعلى هذا فقاعدة (العرف كالشرط) قاعدة معتبرة عند الفقهاء إذا كان معتبرا شرعا .

---

(١) الشرح الصغير للدردير جـ ٢ ص ١٩٢

(٢) سبل السلام جـ ٣ ص ٦٧

(٣) تبيين الحقائق الزيلعى جـ ٥ ص ٨٥ وأشباه ابن نجيم ص ٥٠

(٤) مراتب الإجماع ص ٩٥

٣ ـ العرف العام

العرف العام هو ما تعارفه عامة الناس سواء أكان قولياً أو فعلياً .

فالذى تعارف عليه الناس من قول أو فعل وجرى عليه التعامل بينهم هو المعنى المراد من العرف العام الذى اعتبره الفقهاء .

ويشترط بعض الفقهاء فى العرف العام استمرار العمل به بين الناس من عهد الصحابة — رضى الله عنهم — ويقره المجتهدون الذين رأوا ما تعارف عليه الناس وتعاملهم به وقد يكون ذلك على فعل شىء أو تركه .

قال ابن عابدين فى رسالته (شفاء العليل فى حكم الوصية) فى تعريف العرف العام(١) :

« إنه ما تعارفه المسلمين من عهد الصحابة إلى زماننا وأقره المجتهدون وعملوا به بناء على التعارف العام وإن خالف القياس ولم يرد به النص ولا قام عليه دليل ، فهذا أخذ به الفقهاء وأثبتوا به الأحكام الشرعية وقد قالوا : إن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص » اهـ .

وقد ذكر هذا التعريف (على حيدر) فى شرحه المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية (العادة محكمة) فقال :

« العرف العام عندنا هو العرف الجارى من عهد الصحابة حتى زماننا والذى قبله المجتهدون وعملوا به ولو كان مخالفاً للقياس » اهـ .

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ ١ ص ١٨٦

والشرط الذى ذكره ابن عابدين وعلى حيدر وهو أن يقره المجتهدون ويقبلوه هو ما أشير إليه فى التعريف المختار للعرف : وهو (أن تقره الشريعة ولا ترده) ولا يتحقق هذا الشرط إلا بقبول الفقهاء للعرف الذى جرى به التعامل بين الناس ولم يخالف النصوص الشرعية العامة . . وإن خالف القواعد — أى القياس — كما سيأتى .

والعرف العام العملى أو العادة الفعلية العامة (غلبة صدور فعل دون غيره من عموم الناس) أو من غالبهم (وهو يقابل العرف الخاص) وقد مثل الفقهاء لذلك بالاستصناع وقالوا : « إن القياس عدم جوازه ولكنه ترك للتعامل به من غير نكير من الصحابة والتابعين أو من غيرهم من الفقهاء » وقالوا : هـــذا التعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر (وبهذا المعنى هو الإجماع العملى) .

يقول الكمال بن الهمام فى كلامه عن الاستصناع :

« إننا جوزنا الاستصناع استحساناً بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملى إلى يومنا هذا بلا نكير والتعامل بهذه الصفة مندرج فى قوله ﷺ لا تجتمع أمتى على ضلالة » ا هـ .

وهذا الذى ذكره بعض الفقهاء فى العرف العام من جريانه من عهد الصحابة إلى زماننا هذا غير مسلم وقد استظهر ابن عابدين بعد أن ذكر هذا الشرط : أنه لا يلزم فى العرف العام أن يكون قد جرى عليه العمل من عهد الصحابة — رضى الله عنهم — مع تتابع الناس عليه من بعدهم كما يؤخذ من رده على مشايخ بلخ ، حيث أجازوا بيع شرب يوم أو نحوه مع ما فيه من الغرر لأن أهل بلخ تعاملوا بذلك ، فرده بقوله :

« إن هذا تعامل أهل بلدة واحدة » أى فلا يعتبر كالعرف العام ولم

يقل: إنه عرف حادث وليس بقديم أو لم يجر العمل به من عهد الصحابة — رضى الله عنهم أجمعين — كما يقول فى رده على من اشترط ذلك فى بعض المسائل الفقهية .

« إنما يصح دعواك تخصيص العرف بما ذكرته إذا ثبت أن ما ذكر من هذه المسائل كان العرف فيها موجوداً زمن المجتهدين من الصحابة وغيرهم ، وإلا فيبقى على عمومه مراداً به ما قابل العرف الخاص ببلدة واحدة وهو ما تعامله عامة أهل البلاد سواء كان قديماً أو حديثاً » اهـ[1] .

وعليه فالمراد بالعرف أعم من الذى ذكروه كما يؤخذ من الفروع الفقهية التى بنيت أحكامها على العرف فالعرف الحادث يعتبر ويقدم على العرف الذى سبقه كما يعتبر العرف القائم سواء كان قديماً أو حديثاً إذا تعارف عليه عامة الناس أو أغلبهم ويأخذ حكمه العام . وهذا هو ما عليه جمهور الفقهاء .

وقد جاء فى عبارات الفقهاء ما يؤيد ذلك الذى استظهره ابن عابدين . قال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر فى حديثه عن أقسام العرف .

« والعرفية العامة ، كوضع القدم . أى إذا قال : والله لا أضع قدمى فى دار فلان فهو فى العرف العام بمعنى الدخول سواء دخلها ماشياً أو راكباً ولو وضع قدمه بدون أن يدخل لم يحنث »[2] اهـ .

وذكر فقهاء المالكية فى العرف العام : أنه ما غلب على الناس من قول أو فعل أو ترك . فما تعارفه الناس من ألفاظ استعملوها فى تخاطبهم وتصرفاتهم وغلبت على غيرها فى الاستعمال فهذا هو العرف العام فى القول،

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٩
(٢) أشباه ابن نجيم ص ٤٦

وكذلك ما غلب على الناس فى معاملاتهم أو تعارفوا تركه فهو العرف العام العملى .

قال الإمام القرافى فى (شرح التنقيح)(١):

« العادة غلبة من المعانى على الناس وقد تكون هذه الغلبة فى سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والتنفس فى الهواء وقد تكون خاصة ببعض البلاد كالنقود والعيوب وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى فهذه يقضى بها عندنا » ا هـ .

وقال الشيخ محمد الطاهر بن عاشور فى حاشيته على شرح التنقيح فى معنى قول القرافى (٢) « وعندنا العوائد مخصصة للعموم » المراد العوائد العامة وهى ماغلب على الناس من قول أو فعل أو ترك .

فالتعارف العام على فعل شىء أو قول فى معنى معين هو ماذكره الفقهاء فى حديثهم عن العرف العام . إلا أن الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ، زاد كما رأينا التعارف على ترك شىء من الأشياء وجعله أحد أقسام العرف أو داخلا تحته .

والناظر فى أقوال الفقهاء : يرى أنهم يشيرون إلى هذا القسم عندما يقولون : أن العرف فى كذا تغير أو تبدل ، وأصبح لا يعمل به فإنهم يعنون بذلك أن الناس تعارفوا على ترك ما كان يفعل من قبل سواء كان عاماً أو خاصاً .

---

(١) شرح التنقيح القرافى ص ٢٠٠

(٢) حاشية التوضيح والتصحيح لمشكلات كتاب التنقيح ج١ ص ٢٤٨ ، كما يراجع البدائع ج ٥ ص ٢ ، ٣

هذا والعرف القولى العام — زيادة على ما تقدم — هو أن يتفق أهل العرف العام على أن يراد من اللفظ مفرداً كان أو مركباً معنى غير المعنى الأصلى، وبذلك يسمى حقيقة عرفية عامة، إن كان الاستعمال لعامة الناس أو خاصتهم إن كان الاستعمال لطائفة معينة ويعتبر هذا الاستعمال وضعاً جديداً للفظ وذلك مثل لفظ « الدابة » فانها فى أصل وضعها اللغوى إسم لكل ما يدب على الأرض ثم خصصها العرف العام بذوات الأربع : كالفرس والحمار مما يركب عادة ويحمل عليه وشاع هذا الاستعمال حتى صار حقيقة عرفية لايراد غيرها عند الإطلاق — كما سلف .

٤ ـ العرف الخاص

لقد تقدم فى تعريف العرف العام : « أنه ما تعارفه عامة الناس ... إلخ » .

فالعرف الخاص إذاً مالم يتعارفه عامة الناس أو أهل البلاد جميعاً ، كالألفاظ المصطلح عليها فى عرف الشرع أو عرف التخاطب أو فى عرف طائفة خاصة أو جماعة معينة من الناس .

والفقهاء عندما يستعملون ألفاظ النكاح والطلاق والصلاة والصوم ، وغير ذلك من الألفاظ التى عرف لها معنى شرعى إنما يريدون منها تلك المعانى الشرعية عند الإطلاق لأنها أصبحت حقيقة عرفية لهذه المعانى فى عرف الشرع .

وكذلك الألفاظ التى اصطلح عليها أهل العلوم ، وأرباب الحرف والصناعات فإنها يفهم منها عند الإطلاق : هذه المعانى الاصطلاحية دون اللغوية لتلك الألفاظ لجريانها فى استعمالهم وتخاطبهم ولا يلتفتون إلا إلى هذه المعانى الاصطلاحية وأصبح اللفظ حقيقة فى المعنى العرفى .

وإذا تعارف قوم إطلاق لفظ الدابة على الحمار كما فى مصر أو على الفرس كما فى العراق بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره كان حقيقة عرفية خاصة ، وكذلك إذا تعارف أهل بلد أو حرفة نوعاً من التعامل كان هذا عرفاً عملياً خاصاً. والعرف الخاص يعتبر فى حق أهله الذين تعارفوه.

قال القرافى فى شرح التنقيح فى كلامه عن العادة :

« وقد تكون خاصة ببعض الفرق كالأذان للإسلام والناقوس للنصارى فهذه يقضى بها عندنا » ا هـ . وقال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر : « العرفية الخاصة كاصطلاح كل طائفة مخصوصة كالرفع للنحاة والفرق والجمع والنقض للنظار »(١).

٥ ــ العرف الشرعى

العرف الشرعى هو اللفظ الذى استعمله الشرع مريداً به معنى خاصاً، وهو داخل تحت أقسام العرف الخاص لأن نقل هذه الألفاظ التى تقدمت أصبحت معانيها اللغوية غير مرادة ومهجورة فى عرف الشرع ولو أريد بها المعانى اللغوية فلا بد من قرينة تفيد إرادة هذه المعانى فإذا أطلق لفظ الصلاة عند الفقهاء أريد به العبادة المعهودة المعروفة شرعاً ويتبادر هذا المعنى الشرعى إلى الذهن ولا يفهم منها غيره وأصبح المعنى الأول وهو الدعاء غير مراد لهجره فى اصطلاح الشرع الذى أصبح بمثابة وضع جديد لهذه الألفاظ فأصبحت حقيقة فى المعنى المتعارف شرعاً ومجازاً فى غيره من المعانى .

٦ ـ العرف الصحيح والفاسد

ينقسم العرف بأنواعه وأقسامه المتقدمة عدا الشرعي إلى صحيح وفاسد.

والعرف الصحيح : هو ماتعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفوت المصلحة ولا يجلب مفسدة كتعارف الناس إطلاق لفظ على معنى عرفي غير معناه اللغوى ، وتعارفهم وقف بعض المنقولات وتعارفهم تقديم بعض المهر وتأجيل البعض ، وغير ذلك .

وهذا العرف الصحيح : يجب أن يراعيه المجتهد فى اجتهاده والقاضي فى قضائه والدليل على هذا كما تقدم هو أن الشارع الإسلامى راعى عرف العرب فى بعض أحكامه فوضع الدية على العاقلة ، واشترط الكفاءة فى الزواج وبنى الولاية فى الزواج على العصبة وكذلك الإرث .

كذلك فإن مايجرى بين الناس من الأعراف الصحيحة ويكون من نظام حياتهم ومن حاجاتهم فاذا حدث من بعضهم نوع من التصرف فانما يقصدون المتعارف بينهم ، وإذا تركوا شيئاً أو سكتوا عن التصريح به فهو اكتفاء بما يقضى به العرف لأن العرف كالشرط .

والثابت بالعرف كالثابت بالنص ، وقال الفقهاء : أن الشرط فى العقد يكون صحيحاً إذا اقتضاه العقد أو ورد به الشرع أوجرى به العرف الصحيح .

وأما العرف الفاسد أى المخالف لأصل شرعى فانه غير معتبر ولا يراعيه الفقيه ولا المفتى ولا القاضى فى قضائه ولهذا ألغى التشريع الإسلامى كثيراً من أعراف العرب الفاسدة التى تعارفوا عليها قبل الاسلام من الطواف بالبيت عراة وزواج المقت وغير ذلك .

ومن ذلك تعارف الناس اليوم خروج النساء وهن سافرات يكشفن بعض أجسامهن مما يحرم كشفه شرعاً ، وكذلك إذا تعارف الناس بعض العقود الفاسدة كعقد الربا أو عقد الرهن الذي ينتفع فيه المرتهن بالمرهون باشتراط ذلك في العقد ، أو عقد مضاربة اشترط فيه لرب المال قدر معين من الربح لا نسبي ، وغير ذلك من عقود فيها غرر .

فهذه الأعراف الفاسدة لا تعتبر ويجب إلغاؤها وعدم العمل بها لأنها خالفت نصوص الشريعة ومقاصدها العامة ، إذ الشريعة حاكمة لا محكومة ، كما أن النبي — صلى الله عليه وسلم — لم يقر ما كان باطلا من عادات الجاهلية حيث خالف المنهاج التشريعي في الإسلام .

هذا : ويذهب بعض الفقهاء إلى مراعاة العرف الفاسد عند الحكم به على فساد المعاملات التي وقعت بناء عليه وتكون فاسدة تبعاً وفي مراعاته من هذا الوجه ، يقول الشيخ محمد الخضر حسين — رحمه الله تعالى — « ذهب كثير من فقهائنا — يعني المالكية — إلى عدم مراعاة العرف الفاسد وذهب آخرون إلى مراعاته ، ومما ينبني هذا : أن يجري عرف قوم ببعض العقود الفاسدة شرعا ويختلف المتعاملان ، فيدعى أحدهما :

أن العقد وقع على الوجه الفاسد يروم نقض العقد .

ويدعى الآخر : أنه وقع على الوجه الصحيح .

فالقائلون بصحة مراعاة العرف الفاسد يرون العرف هنا شاهداً بصدق مدعى الفساد فينقضى البيع ، إلا أن يقيم الآخر بينة على أن المعاملة جرت على وجهها الصحيح .

ثم قال : قال عبد المنعم بن الفرس في أحكام القرآن .

« وإذا تنازعا فى بيع أو إجارة ، وادعى أحدهما الصحة والآخر الفساد ، وكان الفساد الذى ادعاه جارياً بين الناس ، فالمشهور . أن القول قول مدعى الصحة ، ومن أصحاب مالك — رضى الله عنه — من يقول : القول قول مدعى الفساد » . والقائلون : بمراعاة العرف الفاسد ينظرون إلى أن المعنى الذى اقتضى جعل القول لمدعى الصحة فيما إذا جرى العرف على الصحة حاصل فى العرف الفاسد وهو غلبة معنى على الناس يقتضى غلبة الظن بصدق من اقترن هذا المعنى بدعواه »(١) اهـ .

أى أن من اقترن بدعواه الصحة العرف الصحيح غلب على الظن صحة المعاملة التى وقعت بينهما ، ومن اقترن بدعواه الفساد العرف الفاسد غلب على الظن فساد المعاملة التى وقعت بينهما فيحكم بفسادها كما يحكم فى الأول بصحتها .

وقد تقدم أن المالكية اشترطوا فى تقديم القول الضعيف فى المذهب الذى جرى به العمل على المشهور عندهم كون العاملين به أهلا للاقتداء بهم ، وإلا فلا اعتبار بما سار عليه من ليسوا أهلا للاقتداء بهم بحال من الأحوال .

قال الزركشى(٢) :

« كان عبد الله بن الحسين — رضى الله عنه — يكثر من الجلوس على ربيعة — رضى الله عنه — فتذاكر يوما فقال رجل ليس العمل هذا فقال عبد الله . أرأيت إن كثر الجهال حتى يكونوا هم الحكام أفهم الحجة على الناس ؟ قال ربيعة : أشهد أن هذا كلام لا يقوله إلا الأنبياء عليهم السلام » اهـ .

---

(١) رسائل الإصلاح للشيخ محمد الخضر حسين شيخ الأزهر السابق ج ٣ ص ٤٨

(٢) البحر المحيط للزركشى مخطوط ورقة ١٠٦ ، وعبد الله بن هو عبد الله بن الحسين ابن على بن أبى طالب — رضى الله عنهم ، وربيعة هو ربيعة بن عبد الرحمن من شيوخ الامام مالك — رضى الله عن الجميع .

الباب الثالث

فى اعتبار العرف فى التشريع

ويشمل الآتى :

١ – معنى اعتبار العرف فى التشريع .

٢ – أدلة اعتبار العرف فى التشريع .

(١) الكتاب الكريم
(٢) السنة المطهرة
(٣) الإجماع

٣ – شروط العرف المعتبر فى التشريع :

(١) أن يكون العرف مطرداً أو غالباً .
(٢) أن يكون العرف عاما ونازع فيه بعض الفقهاء .
(٣) أن لا يخالف العرف نصاً شرعياً من الكتاب أو السنة .
(٤) أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه .
(٥) أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف .

(٤) نتيجة الشروط المتقدمة أن يصبح العرف ملزماً .

١ - معنى اعتبار العرف فى التشريع

الكلام فى معنى اعتبار العرف والاعتداد به فى ترتب الحكم على الوجه الآتى :

أولا - للأعراف والعوائد أثر كبير فى شرح النصوص وتفسير النظم الفقهية فلا غنى المشرع عن مراعاتها واعتبارها ، وقد عنى بها واضعو القوانين قديماً وحديثاً ، فأساس القانون الرومانى عادات جرت فى مدينة روما ، وأساس القانون الإنجليزى عادات السكسون والنورمان الذين فتحوا بلاد الإنجليز واستمرت هذه العادات متعارفة بينهم ، وخضعوا لها فى شئون حياتهم ، وكانت المحاكم تقر قواعد العرف وتطبقه تطبيقاً مستفيضاً . وكذلك القانون الفرنسى القديم (عرف) ينظم الروابط الاجتماعية وامتزج القانون الرومانى بهذه العادات بعد الفتح الرومانى ، ثم وجد قانون الكنيسة ، وبقيت قواعد العرف تنمو وتطرد مع الزمن حتى انقسمت فرنسا إلى قسمين : القسم الشمالى ويطبق العرف ، والقسم الجنوبى ويطبق القانون الرومانى وفى العصر الحديث جمعت قواعد العرف وقام إلى جانبها التشريع كمصدر رسمى حتى سيطر التشريع بعد ذلك (١) .

ثانياً : لم تغض الشريعة الإسلامية النظر عن العرف بل جعلت رعايته أصلا من أصولها العامة واعتبرت فى بناء الأحكام والفتوى عليه ، كالدية على العاقلة وبعض المعاملات الصحيحة التى كانت سائدة فى الجاهلية كالقراض والسلم وغيره ، وإن قيدت هذه العقود بشروط خاصة .

---

(١) أصول القانون للسنهورى وأبو ستيت ص ٨٦ وتاريخ الشرائع لعلى بدوى ص ١٩ وما بعدها .

هذا وينقسم العرف من حيث اعتباره والاعتداد به فى التشريع الإسلامى إلى ثلاثة أقسام :

١ — ما قام الدليل الخاص على اعتباره كمراعاة الكفاءة فى النكاح فهذا يجب اعتباره(١) .

٢ — ما قام الدليل على نفيه كعادة أهل الجاهلية فى التبرج وطوافهم بالبيت عراة والجمع بين الأختين وأن يرث أكبر الأبناء دون غيره ، وغير ذلك فلا يعتبر .

٣ — ما لم تقم الدليل الخاص على اعتباره أو نفيه وهذا موضع نظر المجتهدين ، وقد ذهب الفقهاء إلى مراعاته واعتباره وبنوا عليه كثيراً من الأحكام والفتاوى ولم ينكر ذلك أحد منهم .

وقد ذكر ابن حجر فى فتح البارى(٢) :

أن الشافعية إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعى أو لم يرشد النص الشرعى إليه وذلك رداً على القرطبى حيث قال : « إن الشافعية أنكروا العمل بالعرف لفظاً وعملوا به معنى » .

وعلى ذلك فصلة العرف بالشريعة على وجهين :

(ا) أن يغلب على الناس أمر فيقرره الشرع ويقضى به عند الاختلاف . ومثاله ما ذكر من وضع الدية على العاقلة ومراعاة الكفاءة فى الزواج ، والشريعة لا تأخذ بالعرف أو تجعله قانوناً ملزماً كما يقول

---

(١) أهم ما يعتبر فى الكفاءة : الدين والصلاح .

(٢) جـ٩ ص ٢٠٤ ، ويراجع تكملة المجموع شرح المهذب جـ ١٠ ص ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

علماء القانون : « إلا إذا كان العرف صالحاً للأخذ به واعتباره بحيث لا يتنافى والشريعة فإذا تنافى معها فهو غير معتبر ومردود لأنه يكون عرفاً فاسداً .

(ا) أن يغلب على الناس نوع من المعاملة أو معنى من المعانى فيراعيه الشارع فى تفصيل حكم الوقائع التى تحدث بينهم حتى إذا تبدل بعرف طارىء كان على الفقيه مراعاة للعرف الطارىء فى بناء الأحكام . وقد تقدم أن النظر فى الوقائع يتجدد بتجدد العرف .

ومثال هذا : أن يجرى العرف فى سلعة من السلع بدفع ثمنها نقداً فإذا اشترى شيئاً من هذه السلعة ووقع فى حيازته ثم ادعى البائع أنه لم يقبض الثمن وادعى المشترى أنه أعطاه الثمن حسب العرف الجارى . . . ، فعلى الأصل فى اعتبار العرف فى هذا المثال هو جعل القول قول المشترى مع اليمين متى عجز البائع عن إقامة البينة ، فالحكم الذى يبنى على العرف فى هذا المثال : هو جعل القول للمشترى حيث جرى العرف بما يقول وصدقه فى دعواه ، إلى أن يقيم البائع البينة على أنه لم يقبض الثمن .

وسيأتى ، أن الدليل قام من الكتاب والسنة والإجماع على اعتبار العرف وأنه يرجع إلى المصلحة الراجحة إلى كليات الشريعة .

ولذا يكون معنى اعتبار العرف والاعتداد به ، هو مراعاته والأخذ به فى بناء الأحكام ويكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهراً ، والدليل فى الحقيقة هو ما رجع إليه العرف فى اعتباره الأخذ به .

وقد أخذ الفقهاء من مجموع الأدلة التى قامت على اعتبار العرف فى التشريع الإسلامى قاعدة فقهية كلية وفرعوا عليها أحكاماً كثيرة

للأعراف الثابتة والمتغيرة على مر الزمان واختلاف المكان . وجاء فى هذا قولهم « العادة محكمة » و « العرف معتبر » .

ويعقبون على ذلك بقولهم : « والأصل فى هذه القاعدة قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » وغيرها من الآيات (التى سيأتى الحديث عنها عند بيان أدلة اعتبار العرف) وكذلك قول النبى — صلى الله عليه وسلم — « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ، وغيره من الأحاديث والسنة التقريرية والفعلية » .

وذكر البخارى باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفونه بينهم فى البيوع والإجارة والمكيل والموزون وسنتهم ونياتهم ومذاهبهم المشهورة .

قال ابن حجر فى فتح البارى فى تعليقه فى هذه الترجمة التى ذكرها البخارى :

« قال ابن المنير وغيره أن المقصود بهذه الترجمة هو الاعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ . ولو أن رجلا وكل رجلا فى بيع سلعة فباعها بغير النقد الذى عرف الناس لم يجز وكذا لو باع مكيلا أو موزوناً بغير الكيل والوزن لم يجز » اهـ(١) .

وذكر الشهاب القسطلانى عقب هذه الترجمة للبخارى :

« أن العرف يعمل به فيما ليس فيه نص من الشارع » اهـ .

وقد ذكر الفقهاء أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه كثير من

---

(١) فتح البارى جـ ٢ ص ٢٣١

مسائل الفقه لا تعد لكثرتها وبنوا عليه أحكام الوقائع التى اقتضت أحكاماً شرعية نظراً لتبدل الأعراف والمصالح وحاجات الناس التى تختلف من عصر إلى عصر ومن بلد إلى آخر ، ولذا جاءت قواعد الشريعة الإسلامية وكلياتها عامة مطلقة عن التفصيل والبيان حتى يمكن تطبيقها مهما اختلفت الظروف والأحوال ، ووكل الشارع إلى الفقهاء تفصيل هذه الأحكام حسبما تقتضيه الظروف والأعراف المتجددة المتغيرة مع التقيد فى ذلك بمقاصد الشريعة التى تعمل على تحقيق مصالح الناس فى الدنيا والآخرة بلا عنت ولا إرهاق .

قال السيوطى فى الأشباه والنظائر(١) :

« إن اعتبار العادة والعرف فى الشرع رجع إليه فى الفقه مسائل لا تعد كثرة » .

وقال ابن نجيم فى أشباهه(٢) :

« إن اعتبار العادة والعرف رجع فى الفقه مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا ، فقالوا : فى باب ما تترك به الحقيقة : تترك بدلالة الاستعمال والعادة » اهـ .

وقال فى البحر الرائق : « والأحكام تبنى على العرف فيعتبر فى كل إقليم وفى كل عصر عرف أهله » .

وقد قال فقهاء الحنفية إن العرف يرجع إلى الإجماع العملى وقدموه على القياس فقد جاء فى المستصفى للنسفى قوله :

---

(١) ص ٩٦ (٢) ص ٤٦

« الأصول ثلاثة الكتاب ويتبعه شرع من قبلنا ، والسنة ويتبعها الآثار والإجماع ويتبعه التعامل ، والقياس أصل رابع ويتبعه التحري واستصحاب الحال »(١) اه.

وذكر القرافي(٢) :

« إن أدلة الأحكام تسعة عشر وعد منها العرف ، وقال : وأما العرف فمشترك بين المذاهب ولكن إذا تحققتها وجدتهم يصرحون بذلك » اه.

وذكر القاضي حسين من فقهاء الشافعية : « أن قاعدة العادة محكمة إحدى القواعد الخمس التي يرد إليها الفقه ».

وقال العطار في حاشيته على جمع الجوامع « العادة محكمة : أى حكمها الشرع فيعمل بها شرعا فهي كالحكم »(٣).

وقال صاحب « مرآة المجلة » في المادة (٣٦) قولهم « العادة محكمة » يعني أن العادة عامة كانت أو خاصة تجعل حجة لإثبات حكم شرعي اه.

فالعرف الذي يجعل حجة لإثبات حكم شرعي أو علة أو مناطا للحكم، قال الفقهاء : بمراعاته في القضاء والفتوى وليس للفقيه أن يفتي ولا للقاضي أن يقضي بما يجري به العرف المخالف للأصل من أصول الشريعة إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك فيكون الحكم مبنياً على مراعاة الضرورة ويدخل في نطاق الرخصة التي يقررها الفقيه على سبيل الاجتهاد (والضرورة تقدر بقدرها) فهل كان الفقيه أن ينظر في أعراف الناس لا مقاطلاتهم المخالفة

---

(١) المستصفى للنسفي مخطوط ورقة ٥

(٢) شرح التنقيح ص ١٨٩

(٣) العطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٧

لأصل من أصول الشريعة فإذا وجدها ناشئة عن ضرورة واستثناها من أصل المنع كانت الضرورة علة استثنائها .

أما إذا كانت ناشئة عن جهالة أو هوى غالب فعلى الفقيه الإفتاء بفسادها وأن يبين الناس وجه المعاملة الصحيحة ولا يصح جعل ما جرى به العرف الفاسد أمراً مشروعاً .

ولذا قال الفقهاء : إن العرف الفاسد لا يعتبر ولا تبنى عليه الأحكام ، وإنما تبنى على العرف الصحيح دون الفاسد — كما سلف — وأن من أقر بشيء من ألفاظ التصرفات فإنه يحمل على الماهية الشرعية الصحيحة ولا يحمل على غيرها(١) .

وقد جاءت النصوص الشرعية فى كثير من الأحكام مطلقة وتركت التفصيل فيها للعرف ولاجتهاد الفقهاء تبعاً لتغير الظروف والأحوال والأماكن والأزمان . ومن الأمثلة على ذلك (وجوب النفقة على الزوج) الذى أذكره هنا كمثال يوضح ما ذكر ، كما سيأتى أمثلة كثيرة ومتعددة لذلك فى ثنايا البحث وبخاصة فى (الباب الخامس) .

العرف ووجوب النفقة على الزوج

فى تقدير النفقة جاء قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا »(٢) .

---

(١) يراجع قواعد الأحكام ج ٢ ص ٨٧ والعرف الذى تحمل عليه الألفاظ فيما يأتى وما تقدم فى تقسيم العرف .

(٢) سورة الطلاق ٧

فقد فرض الله تعالى وجوب النفقة والكسوة وترك التفصيل فى ذلك لحالة الرجل فى عسره ويساره ، ومقدار الكفاية فى النفقة على اعتبار حال الزوج فاذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار النفقة المعتادة لمثلها فى العرف والعادة لم يحل له ذلك وأجبر على نفقة مثلها »(١) .

قال ابن قدامة فى المغنى(٢) :

« والصحيح ما ذكرناه من رد الحقوق المطلقة فى الشرع إلى العرف فيما بين الناس فى نفقاتهم فى حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم فى الكسوة إلى ذلك » .

وما قاله ابن قدامة قاله غيره من المالكية والحنفية والشافعية : فى رد الأحكام المطلقة فى الشريعة إلى العرف ، ومن ذلك القدر الواجب فى النفقة .

جاء فى شرح التفريع لابن الجلاب من المالكية فى باب النفقة قوله (٣) :

« إذا خاصمت المرأة زوجها فى النفقة ولم ترض بنفقته عليها ورفعت أمرها إلى الحاكم فرض لها عليه نفقة على قدر حاله من حالها فقدر لها طعامها وإدامها وكسوتها ونفقة خادمها إن كان ممن يخدم مثلها وأجرة مسكنها وجميع مؤنتها والأصل فى ذلك قوله تعالى « وعاشروهن بالمعروف » ومنه النفقة وقوله

---

(١) أحكام القرآن للجصاص

(٢) ج ٦ ص ١٣٣

(٣) شرح التفريع (مخطوط) ج ٣ ورقة (٩)

وراجع الدسوقى على الشرح الكبير والبهجة شرح التحفة ج ١ ص ٤٢٣

تعالى « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » . واستدل الأبهرى على ذلك بقوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده » فألزم الله سبحانه وتعالى الأزواج أن ينفقوا على أزواجهم مابهن إليه حاجة فى القوت وما يتبعه من الإدام والكسوة على قدر حاجتهن وكفايتهن وحالهن من حال الزوج. على ماقد جرى من عرف الناس فى البلد الذى هم فيه فى مثلهم بقدر كفايتهم وعلى قدر اجتهاد الحاكم فى ذلك فيفرض لها من القوت والإدام والكسوة بقدر حاجتها إلى ذلك فعلى الحاكم أن يفعل ما هو صلاح للزوجة والزوج ، ولا يفعل ما هو ضرر على واحد منهما وهو أن يكلف الزوج ما لا يقدر عليه أو ينقص الزوجة عما تحتاج إليه فهذا هو الأصل فى اعتبار مقدار نفقة الزوجة وفرضها على الزوج ، يرجع فى ذلك فى كل بلد إلى ما يعرفونه » اهـ .

وقال أبو بكر بن العربى فى أحكام القرآن — مستدلا على تحكيم العرف فى مقدار النفقة فى قوله تعالى « لينفق ذو سعة من سعته » المسألة الرابعة : فى تقدير الانفاق قد بينا : أنه ليس له تقدير شرعى وإنما أحاله الله تعالى على العادة وهى دليل أصولى بنى الله تعالى عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام وقد أحاله الله تعالى على العادة فيه فى الكفارة قال : « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » .

وقد قال ابن العربى فى قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » يعنى على قدر حال الأب من السعة والضيق كما قال تعالى فى سورة الطلاق « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله »

وحمل على العرف والعادة فى مثل ذلك العمل ، ولولا أنه معروف ما أدخله الله تعالى فى المعروف)(١) اه .

وقال أبو بكر الرازى (الجصاص) فى قوله تعالى : «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» وفى هذه الآية دلالة على تسويغ اجتهاد الرأى فى أحكام الحوادث إذ لا يتوصل إلى تقدير النفقة بالمعروف إلا من جهة غالب الظن ، وأكثر الرأى إذا كان ذلك معتبراً بالعادة ، وكل ما كان مبنياً على العادة فسبيله الاجتهاد وغالب الظن ، إذ ليست العادة مقصورة على مقدار واحد ولا زيادة عليه ولا نقصان ، ومن جهة أخرى هو مبنى على الاجتهاد وهو اعتبار حاله فى إعساره ويساره ومقداره الكفاية والإمكان بقوله تعالى : «لا تكلف نفس إلا وسعها» واعتبار الوسع مبنى على العادة ، (٢) اه .

وقال الألوسى فى تفسيره لهذه الآية: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» . (بالمعروف) أى بلا إسراف ولا تقتير أو حسب ما يراه الحاكم ويفى به وسعه (لا تكلف نفس إلا وسعها تعليل لإيجاب المؤن بالمعروف أو تفسير للمعروف) اه (٣) .

فكما أخذ الفقهاء من الآيتين حكم النفقة ووجوبها على الزوج أخذوا منها اعتبار العرف فى مقدارها واعتبار العرف فى التشريع وجعله مناطا للحكم الشرعى وكذلك استفيد منهما الاجتهاد فى الأحكام المطاوقة والرجوع فيها إلى العرف .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى ج ٢ ص ٢٧٠ ، ج ١ ص ٢٠٢ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٤٠٤

(٣) تفسير الألوسى ج ٢ ص ٢٠٨

وجاء في هذا الصدد ما رواه الجماعة إلا الترمذي عن عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لهند امرأة أبي سفيان لما شكت إليه شح زوجها وإمساكه « خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف » .

قال ابن حجر في فتح الباري في شرحه لهذا الحديث(١) :

« واستدل به على أن للمرأة مدخلا في القيام على أولادها وكفالتهم والإنفاق عليهم ، وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشارع ، وقال القرطبي : فيه اعتبار العرف في الشرعيات » اهـ .

وعلى ذلك فيكون المراد بالمعروف ما يكفيها وأولادها من القوت والملبس مع رعاية حال الزوج والبلد الذي هم فيه ، وكذلك روى مسلم : أن النبي ﷺ قال في خطبته في حجة الوداع : « اتقوا الله في النساء ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » اهـ .

ورد ابن حجر على من قال : إنه يلزم الزوج من النفقة كذا أو من الثياب كذا : الصحيح أنه لا يحمل أهل البلدان على نمط واحد ، وأن على أهل كل بلد ما يجرى به عادتهم بقدر ما يطيقه الزوج على قدر الكفاية لها وعلى قدر يسره وعسره .

وكذلك قال اللخمي من المالكية: رداً على من قال بفرض كذا وكذا: « وأرى أن يفرض في كل بلد الوسط من الشبع إلا أن يعجز عن ذلك وليس الموسر كالمعسر ولا الشدة كالرخاء » (٢) اهـ .

وقال صاحب البحر الزخار من الزيدية في كتاب النفقات(٣) :

---

(١) ج ٩ ص ٤٢٠ — ٤٢٣ (٢) يراجع شرح التفريع ج ٣ ورقة ص ١٩
(٣) البحر الزخار ج ٣ ص ٢٧١

الأصل فيها قوله تعالى: «وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف» لينفق ذو سعة من سعته. وقوله ﷺ لهند بنت عتبة «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف». والواجب للزوجة ستة أشياء طعام وإدام وخادم وكسوة وتنظيف وسكنى (فرع) فالطعام غالب قوت البلد من تمر أو بر أو شعير أو ذرة أو أرز لقوله تعالى «بالمعروف»... ويعتبر في الطفلة بعادة أهلها وفي الكبيرة بعادتها عند العقد ويكسوها المعتاد في الناحية لقوله تعالى «وكسوتهن بالمعروف».

وقال المالكية في الكسوة القميص والوقاية والقناع، وهي في الجودة والدناءة على قدرهما ويسار الزوج وإعساره ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد، وقال ابن القاسم ولا يفرض لها خز ولا حرير وإن كان متسعاً، واختلف في ثياب خروجها، وكذلك يفرض لها فراش ووسادة ولحاف ويزاد في الشتاء ما يدفع البرد، وقال ابن القاسم: والسرير إن احتاجت إليه، وكذلك قالوا لها أدوات التنظيف وإن كانت مما يخدم مثلها فعليه نفقة خادم، إلا إذا كان الزوج معسراً لم يكن عليه إخدامها وإن كانت ذات شرف وكل ذلك بحسب العرف والعادة[1].

وأخيراً فإن النصوص التي تقدمت من الكتاب والسنة جاءت بحكم النفقة على الزوج حكماً مطلقاً يرجع في بيانه إلى العرف بحسب الوقائع والحوادث مشروطاً بألا تضار الزوجة أو الزوج في ذلك وعلى هذا جمهور الفقهاء وفيه دليل على اعتبار العرف في التشريع.

تحكيم العرف في الوقائع:

بعد هذا الذي تقدم من معنى اعتبار العرف في التشريع أقول:

---

(١) يراجع شرح التفريع والدسوقي على الشرح الكبير والبهجة شرح التحفة فيما ذكر.

إن الفقهاء قد أخذوا من ذلك وغيره تحكيم العرف فى الوقائع وأبين ذلك بشىء من التفصيل :

قد سلف : أن صلة العرف بالشريعة على وجهين (الأول) أن يغلب على الناس أمر فيقرره الشرع ويقضى به عند الاختلاف . (والوجه الثانى) أن يغلب على الناس معنى من المعانى فيراعيه الشارع بتفصيل الأحكام عليه، وينزل منزلة صريح الأقوال ، وذلك لأن ما اعتاده الناس فيما بينهم يدل على أنه المقصود من التصرفات التى يقومون بها فللعرف قوة اللفظ فى الدلالة على المقصود ، ومن ذلك زيادة على ما تقدم من الأمثلة .

دخول الأماكن العامة كالمساجد والمرافق العامة إذا ما فتحت أبوابها فإن ذلك كالإذن فى دخولها وتأجير الدور بلا بيان ما يعمل فيها فإنه كالتصريح بالسكنى وكذلك فى الحوانيت فإنه تصريح باستغلالها فيما تصلح له وتستعمل فيه عرفاً(١) .

والبيع بالمعاطاة فإنه كالتصريح بالإيجاب والقبول حيث دل على الرضا من الجانبين فهو كالتصريح بالالتزام من البائع بالسلعة والمشترى بدفع الثمن وذلك فى الخسيس والنفيس على الأصح عند المالكية والحنفية . أما الشافعية فقد صحح النووى فى المجموع (أن البيع بالمعاطاة يجوز فيما يعد بيعاً) . واستدل على ذلك بقول الإمام مالك رضى الله عنه « كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع »(٢)

---

(١) يراجع قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٢ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٣٩٣ الطبعة الثانية ورسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ٥٠ ، ٥١

(٢) المجموع للنوى ج ٩ ص ١٩٦

ويقول القرافي في الأحكام(١):

« وجميع أبواب الفقه المحمولة على العوائد إذا تغيرت العادة تغيرت الأحكام في تلك الأبواب وكذلك الدعاوى إذا كان العرف قول من ادعى شيئاً لأنه العادة ثم تغيرت العادة لم يبق القول قول مدعيه بل انعكس الحال فيه ولا يشترط تغيير العادة ، بل لو خرجنا من تلك البلد إلى بلد آخر عوائدهم على خلاف عادة البلد الذي كنا فيه . وكذلك إذا قدم علينا أحد من بلد عادته مضادة للبلد الذي نحن فيه لم نفته إلا بعادته دون عادة بلدنا » .

وهذا الذي ذكره القرافي يدل على مدى تحكيم العرف في الوقائع وأنه فيما يقصده الناس من أقوالهم وأفعالهم في الإيمان والمعاملات وجميع التصرفات ويخصص العام من ألفاظهم ويقيد مطلقها . قال صاحب تبليغ الأمانة(٢) :

ومن جواب لمفتي تونس أبي إسحق إبراهيم الرياحي المالكي : وأما استنادك للعرف واستدلالك بكلام القرافي فهو صحيح لأن كلام القرافي وغيره في عرف يخصص العام ويقيد المطلق كما في باب اليمين وعرف أحد المتداعيين ، ونحو ذلك ، وأما عرف يبطل الواجب ويبيح المحرم فلا يقول به أحد من أهل الإسلام وفي الأجوبة الناصرية (أن جريان العادة بأمر في قطر ليس بمبيح ما دلت قواعد الشرع على منعه) .

فكلام الفقهاء عموماً في العرف المحكم في الوقائع هو العرف الصحيح الذي تقره الشريعة ولذا أجروه في مواضع كثيرة وقالوا العرف كالشرط

---

(١) ص ٦٨ .

(٢) ص ١٠ — ١٥

والثابت بالعرف كالثابت بالنص كما قال ابن القيم ، وقد أجرى العرف مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع ، وذكر لذلك أمثلة كثيرة .

وقال العز بن عبدالسلام(١) :

« فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرهما » وذكر لذلك ثلاثة وعشرين مثالا وقال أيضاً :

« فصل فى الحمل على الغالب والأغلب فى العادات ولذلك أمثلة » .

ثم قال : « ومما يحمل على غالب التصرف تصرف الوكيل والمضارب والوصى والولى العام والخاص إذا اشتروا شيئاً بثمن مثله مما يصح شراؤه لأنفسهم وللمولى عليهم فانه يقع لهم لأن الغالب من تصرفاتهم التصرف لأنفسهم فقصر عليهم » ا هـ .

وقد قال الفقهاء : إن التصرف فى ملك الغير بغير إذنه ممنوع إلا إذا جرى العرف بذلك لتحقيق مصلحة أو دفع مفسدة . . ومثال ذلك « من رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظاً لماليتها عليه كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعا ، اعتماداً على الإذن العرفى فى التصرف فى مثل هذه الأمور .

قال ابن القيم بعد أن ذكر هذا المثال : وإن كان من جامدى الفقهاء من يمنع ذلك ويقول هذا تصرف فى ملك الغير ولم يعلم هذا اليابس : أن التصرف فى ملك الغير إنما حرمه الله تعالى لما فيه من الإضرار به وترك التصرف ههنا هو الإضرار »(٢) .

---

(١) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٢٦ ، ١٤٠

(٢) أعلام الموقعين جـ ٢ ص ٣٩٤

ومن ذلك من رأى حريقاً فى دار غيره فان له أن يدخل بغير إذنه ويتصرف بما يكون وسيلة لإخماد النيران وحفظ ملك غيره من التلف .

هذا فيما يتعلق بالإعتداد بالعرف العملى واعتباره فى التشريع وتحكيمه فى الوقائع التى تحتاج إلى حكم شرعى .. وهذا الاعتداد بالعرف واعتباره سار بالتشريع الإسلامى فى كل مجال من مجالات الحياة عاملا على تحقيق مصالح الناس بلا توقف أو جمود .

وليس ذلك فى العرف العملى فقط بل فى العرف القولى أيضاً فقد اعتبر فى التشريع أقوال الناس التى تدور عليها تصرفاتهم وحمل كل تصرف على عرف الناس فى مخاطباتهم وجرت الفتاوى والأحكام على حسب مايدل عليه اللفظ عرفاً وكما تقدم فى العرف القولى .

ومما يزيد من معنى اعتبار العرف القولى فى بناء الأحكام اتفاق الفقهاء على التخصيص والتقييد به لانصراف اللفظ إلى المعنى الذى تعارف عليه الناس وتبادر إلى الفهم عند النطق باللفظ .

وبعد هذا البيان لمعنى اعتبار ومراعاته فى الشريعة فقد جاء فى أقوال الفقهاء عبارات فى هذا الصدد جرت مجرى المبادىء والقواعد الكلية لابد من ذكرها هنا وإن كان بعضها قد مر فيما تقدم ، فقد قالوا :

«العادة محكمة» ، و« العادة كالشرط » ، و« المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » و« التعيين بالعرف كالتعيين بالنص » ، و« تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة » ، و« العرف فى الشرع له اعتبار » ، و« استعمال الناس حجة يجب العمل به »(١) .

---

(١) المادة ٣٧ من مجلة الأحكام العدلية

وقولهم في بعض الأبواب والأحكام: «التعويل في هذا الباب على العرف والعادة»، و«المدرك في هذا الحكم هو العرف»، و«أن مستند الفتوى في كذا العرف والعادة»، و«أن كذا أجيز على خلاف القياس للعرف أو لجريان العمل به»، كما قال الفقهاء: «إن في نزع الناس عن عادتهم حرجا ومشقة».

وأخيراً فإن اعتبار العرف في التشريع ضروري ويجب على الفقهاء مراعاته حيث اعتبره الشرع ورتب عليه كثيراً من الأحكام الشرعية وذلك لأن الشريعة تعمل على تحقيق مصالح الإنسان والمصالح دائمة وهي عادة من العادات وقد اعتبر الشارع المصلحة التي تتفق ومقاصد الشريعة (وهذا هو معنى اعتبار العرف والعادة سواء نص عليها الشارع وأقرها أو حدثت تبعاً للحاجة والضرورة) فلو لم يعتبر العرف لأدى ذلك إلى حرج ومشقة بالغة والله تبارك وتعالى يقول «ما جعل عليكم في الدين من حرج» وقد خلق الله تعالى الإنسان ويعلم ما يصلح له وما لا يصلح حتى تقوم حياته على أكمل نظام ويتحقق له ما يجعله يسير في حياته بلا حرج ولا مشقة وهذا لا يتم إذا كان في التكاليف الشرعية خروج بالإنسان عن عاداته المطردة التي تتبع فطرته وغرائزه والتي لا يستطيع الحياة بدونها مثل الأكل والشرب وما يحتاج إليه في تعامله مع أفراد المجتمع مما لا بد منه، ولذا كان اعتبار العرف في التشريع لا بد منه كذلك.

يقول الإمام الشاطبي في الموافقات(١):

«العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعاً كانت شرعية في أصلها

---

(١) يراجع الموافقات للشاطبي ج ٢ ص٢٨٦ وما بعدها.

أو غير شرعية أى سواء كانت مقررة بالدليل شرعاً أمراً أو نهياً أو إذناً أم لا ، أما المقررة بالدليل فأمرها ظاهر وأما المقررة بغير الدليل فلا يستقيم إقامة التكليف إلا بذلك » .

. . . ثم قال : لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد لأنه إذا كان التشريع على وزان واحد دل على جريان المصالح على ذلك لأن أصل التشريع سبب المصالح والتشريع دائم فالمصالح كذلك وهو معنى اعتباره للعادات فى التشريع » ا هـ

ثم ذكر الإمام الشاطبى أنه يجب اعتبار العوائد وإن تخلفت فى بعض الجزئيات فإن ذلك لا يقدح فى اعتبارها لأن العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر .

قال الإمام الشاطبى :

« وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح فى اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة ومعنى انخراقها أنها تزول بالنسبة إلى جزئى فيخلفها فى الموضع حالة إما من حالات الإعذار المعتادة فى الناس أو من غير ذلك ، فإن كانت منخرقة بعذر فالموضع للرخصة . . وإما إلى عادة أخرى بحسب الوضع العادى كما فى البائل من جرح صار معتاداً فهذا راجع إلى حكم العادة لا إلى حكم الترخيص . . وإن انخرقت إلى عادة لا تخرم العادة الأولى فظاهر أيضاً اعتبارها لكن لا على وجه راجع إلى باب الترخص كالمرض المعتاد والسفر المعتاد بالنسبة إلى جمع الصلاتين والفطر والقصر ونحو ذلك » . ا هـ

هـــذا هو ما ذكره الإمام الشاطبى كضابط لاعتبار العوائد وإن انخرقت ، وما مثل له من العوائد التى ترجع إلى طبيعة الإنسان وفطرته . .

وهذا يتمشى مع العادة التى تجرى بين الناس فى معاملاتهم المدنية بمعنى أنه إذا جرت عادة من العادات فى نوع من التعامل ثم تركها بعض الناس مرة أو تركها البعض جملة فان ما تركت إليه إذا استمر يعتبر عرفاً جديداً فيتبع وإذا لم يستمر فلا اعتبار له لأن الفقهاء قالوا : العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر(١) .

اعتبار العرف عند علماء القانون :

قد اعتبر علماء القانون الوضعى العرف قانوناً ملزماً كما اعتبروه مفسراً للنصوص القانونية وقالوا : إن العرف والعادة يحددان نطاق بعض الحقوق كحقوق الملكية والجوار والارتفاق كما أن العادة تساعد فى معرفة ما يعتبر من أعمال التسامح الذى لا يكسب حقاً وما لا يعتبر وكذلك يرجع إليها فى تفسير عقود الأفراد وتكملتها إذا ظهر من ظروف التعاقد أن العاقدين قصدا الأخذ بها .

يقول الأستاذ السنهورى وأبو ستيت فى أصول القانون :

ويمكن اعتبار العرف قانوناً لسببين :

الأول : لأنه يعبر تعبيراً صحيحاً عن إدارة الجماعة .

الثانى : لأن التعامل قد استقر على اتباعه فوجبت مراعاته حفظاً لاستقرار المعاملات فضلا عن أنه يجب أن لا يخالف التشريع ولا النظام العام أو الآداب . ا هـ

هذا وقد اعترف القانون المدنى المصرى بالعرف كمصدر رسمى من

---

(١) يراجع شروط اعتبار العرف فيما يأتى .

مصادر القانون فى مادته الأولى التى تحيل القاضى أولا إلى نصوص التشريع فى الفقرة الأولى . وفى الفقرة الثانية : تعدد المصادر الأخرى التى يلتمس فيها القاضى القواعد القانونية إن أعوزه النص وتجعل العرف فى مقدمة هذه المصادر حيث تقول : فاذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف .

فالعرف مصدر من مصادر القانون الوضعى يلجأ إليه القاضى فى حالة نقص التشريع وفى ذلك تقول المذكرة التمهيدية للقانون المدنى :

« والواقع أن العرف هو المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضى مباشرة إن افتقد النص ، وذلك لأن العرف يتصل اتصالا مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم المعاملات ومقومات المعايير والعرف له اعتباره فى فروع القانون المختلفة(١) .

أدلة اعتبار العرف فى التشريع :

١ — الكتاب الكريم .

٢ — السنة الشريفة .

٣ — الاجمـــاع .

أما الاستدلال من الكتاب الكريم فالآتى :

١ — قوله تعالى فى سورة الأعراف «خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » .

(١) يراجع فى ذلك أصول القانون للسنهورى وأبو ستيت ص ٩٢ ، ٢٥٠ والمدخل القانون الدكتور حسن كيره ص ٢٢٠ والمادة الأولى من القانون المدنى والمذكرة التمهيدية للقانون المدنى والوسيط شرح القانون المدنى للأستاذ السنهورى فى المادة الأولى .

٢ – قوله تعالى فى سورة البقرة « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف لا تكلف نفس إلا وسعها » .

٣ – قوله تعالى فى سورة الطلاق « لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها » .

٤ – قوله تعالى فى سورة النساء : « ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا » .

بيان وجه الاستدلال بهذه الآيات :

أما الآية الأولى « خذ العفو وأمر بالعرف » فقد استدل بها بعض الفقهاء على اعتبار العرف فى التشريع ، وقال القرافى فى الفروق . . فى حديثه عن اختلاف الزوجين فى متاع البيت « أن القول لمن شهدت له العادة » لنا قوله تعالى « خذ العفو وأمر بالعرف » ، فكل ما شهدت به العادة قضى به لظاهر هذه الآية إلا أن يكون هناك بينة اهـ(١) .

واستدل بها علاء الدين الطرابلسى « فى معين الحكام » فقال :

(الباب الثامن والعشرون فى القضاء بالعرف والعادة) قال الله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين » والعادة غلبة معنى من المعانى على جميع البلاد أو بعضها ، اهـ(٢).

وقال صاحب « بلوغ السول وحصول المأمول »(٣):

---

(١) جـ ٣ ص ١٩٤ (٢) ص ١٦١
(٣) ص ٣٢١

والأصل فى تحكيم العرف قوله تعالى : « خذ العفو وأمر بالعرف » أى ما يعرفه الناس ويعتادونه وقوله تعالى : « ولهن مثل الذى عليهن بالمعروف » أى المعتاد اهـ .

والأخيران قد تابعا القرافى فى استدلاله بهذه الآية على اعتبار العرف فى التشريع وهذا الاستدلال غير مسلم به عند الفقهاء حتى بعض المالكية الذين هم على مذهب القرافى . وأذكر وجه الاستدلال وما قاله الفقهاء فى ذلك .

إن وجه الاستدلال بالآية كما يفهم من كلام القرافى وغيره مبنى على أن المراد بالعرف عادات الناس وأعرافهم التى جرى عليها التعامل فيما بينهم وألفوه فى حياتهم ولم ينكر عليهم أو يخالف تضامن نصوص الشريعة وهو شامل للأقوال والأفعال وليس مطلق عرف - أى عرف - ولو كان فاسداً فذلك لا يعتد به فى الشريعة فالأعراف الفاسدة والمبتدعة تبعاً للهوى والشهوة لا تعتبر كما أنها ليست مرادة للعلماء عندما يتحدثون عن العرف المعتبر فى التشريع الإسلامى .

ورد هذا الاستدلال : بأن المراد بالعرف المعروف من أعمال البر قولا وفعلا والآية سيقت للارشاد إلى مكارم الأخلاق ، وما عدا ذلك فغير ظاهر لأن النبى ﷺ كان يحكم بالوحى ، ولئن ثبت أن النبى ﷺ حكم بالعرف فى النادر فمستنده الحقيقى هو الوحى ، كما أن سياق الآية مع ما قبلها ولحاقها مع ما بعدها لا يلائمه تفسير العرف بأنه ما جرى بين الناس من عادات وأعراف فى أقوالهم ومعاملاتهم .

وهذا فى الحقيقة لا يصلح أن يكون اعتراضاً لأن الآية ان احتملته فإنه لا يمنع أن تحتمل غيره مما ذكره الفقهاء .

ويذكر بعض الفقهاء أن تفسير القرافى العرف بما تقدم تفسير ضعيف وليس بقوى لأن المراد بالعرف فيها المعروف ضد المنكر أو ما يدل على الصدقة ومكارم الأخلاق .

يقول صاحب تبليغ الأمانة :

راجعت تفسير ابن جزى فوجـــدته قال : وأمر بالعرف أى المعروف وهو أفعال الخير وقيل العرف الجارى بين الناس من العوائد واحتج المالكية بذلك على الحكم بالعوائد ، فيظهر لى أنه لا لوم على ابن جزى ، لأنه صدر الكلام فى الآية بالقول المعروف فى تفسير العرف على طريق الجزم والتفسير للمراد ، ثم حكى القول الثانى الذى أنكر عليه بقيل المشعرة بضعفه عنده . وفى حكايته القول المذكور بصيغة التضعيف تربك على من ذكر أنه استدل به من المالكية على الحكم بالعوائد ، ونحو ما لابن جزى حكى القول المذكور (القرافى فى الفروق) ورد المقرى (فى ترتيب الفروق) بأن الاستدلال بالآية ليس بالقوى من حيث أن الخصم ينازع فى تفسير العرف ويقول ليس المراد ما فهمت . . ووافقه فى الرد أيضاً العلامة الغريانى الطرابلسى (فى حواشى المدونة) قائلا : « الاستدلال بالآية ليس بحسن لأن المراد بالعرف فيها المعروف ضد المنكر والمعروف الذى معناه الصدقة والاحسان » (١) اهـ .

ومراد القرافى رحمه الله ومن سار سيره على ما تقدم فى وجه الاستدلال هو العرف الجارى بين الناس والذى لم ترده الشريعة ، لأن الفقهاء كما ذكر بنوا الأحكام على العرف الذى اعتبرته الشريعة ولم تلغه لعدم تعارضه معها ، كما أنه لم يقل أحداً من الفقهاء لا القرافى ولا غيره إن معنى العرف فى

---

(١) تبليغ الأمانة ص ١٣

(٢) أحكام القرآن لابن العربى جـ٢ ص ٦٦٥

الآية : هو ما ذكره دون سواه ، كما أنه لم ينازع أحد الفقهاء فى أن الألفاظ الجارية بين الناس وتعارفوها فى عقودهم وتصرفاتهم وأعرافهم العملية فى البيع والشراء والإجارة وغيرها معتبرة فى التشريع ويجب على الفقهاء مراعاتها فى الفتوى والقضاء وإذا كان هذا هو المراد بتفسيرهم للعرف فلا لوم على من قال به .

هذا وقد اختلفت المفسرون فى معنى الآية كما اختلف الفقهاء وما ذكروه من أقوال فيها ليس الحمل على أحدها بأولى من غيره ، وقد تقدم بعض هذه الأقوال فى الباب الأول .

وذلك لأن كلمة العرف جاءت فى الآية مقرونة « بأل » وهى تفيد العموم ففسرها الفقهاء بالعرف الذى يتول عليه الأحكام ولم يقصروه على هذا المعنى الفقهى .

وقد تردد فى أقوال المفسرين ما يقرب من هذا المعنى الفقهى وبخاصة ما تقدم ذكره عن الفخر الرازى وأبى السعود رضى الله عنهما — فى الباب الأول .

وقال ابن العربى فى أحكام القرآن : قوله تعالى « وأمر بالعرف » فيه أربعة أقوال : (الأول) « العرف » المعروف قاله عروة . (الثانى) قول « لا إله إلا الله » . (الثالث) ما يعرف من الدين (الرابع) : ما لا ينكره الناس من المحاسن التى اتفقت عليها الشرائع . ثم قال : أما العرف فالمراد به هنا المعروف من الدين المعلوم من مكارم الأخلاق ومحاسن الأعمال المتفق عليها فى كل شريعة . . « وأمر بالعرف » تتناول جميع المأمورات والمنهيات وأنه — أى العرف — ما عرف حكمه واستقر فى الشريعة موضعه واتفقت القلوب على علمه وعمله(١) اه .

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى جـ ٢ ص ٦٦٥

وذكر السيوطى فى الإكليل فى استنباط التنزيل قوله تعالى « وأمر بالعرف » قال ابن الفرس : « معناه اقض بكل ما عرفته النفوس وألا يرده الشرع وهذا أصل القاعدة الشرعية فى اعتبار العرف وتحتها مسائل كثيرة لا تحصى » اهـ.

وقال البغوى : « وأمر بالعرف » المعروف وهو كل ما يعرفه الشرع.

ونقل صاحب تبليغ الامانة عن بعض المفسرين : « وأمر بالعرف معناه كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة » اهـ.

ومن مجموع هذه النصوص وغيرها مما ذكره المفسرون والفقهاء ما لا يختلف عن قول القرافى وغيره فى الاستدلال بالآية على اعتبار العرف فى التشريع، وعليه فالاعتراض الوارد على القرافى ومناقشته لا وجه له. لأن المعانى التى ذكرت للآية الكريمة من أعمال الخير ونحوها لا يمنع من أن يدخل تحتها العرف بمعناه الفقهى وبخاصة ما ذكره المفسرون مما يتفق والمعنى الفقهى فلا داعى إذن للاعتراض وقصر الآية على معنى تحتمل معه غيره وبذلك تصلح الآية دليلا على اعتبار العرف فى التشريع ويؤيد ذلك بقية الأدلة الآتية.

أما استدلال الفقهاء بالآية الثانية وهى قوله تعالى « وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف » فمرادهم على ما تقدم فى الحديث عن « العرف ووجوب النفقة على الزوج » قال الطبرى ويعنى بقوله « بالمعروف » ما يجب لمثلها على مثله إذا كان الله جل ذكره قد علم تفاوت أحوال خلقه بالفقر والغنى ».

وتفاوت أحوال الناس يقتضى تحكيم العرف فى ذلك - كما سلف - ويلزم الأزواج بالنفقة على ماجرى به العرف وعلى قدر اجتهاد الحكام فى ذلك . . وماتقدم عن الجصاص وابن العربى وغيرهما قد فصل ما أجمله الطبرى هنا .

وهذه الآية أوضح من الآية الأولى فى دلالتها على اعتبار العرف فى التشريع باعتباره فى موضوع النفقة وليس هناك محل للاعتراض على معناها أو على ماتدل عليه كلمة المعروف فيها .

أما الاستدلال بالآية الثالثة : على اعتبار العرف وهى قوله تعالى «لينفق ذو سعة من سعته» فقد مرما ذكره الفقهاء فيها وقدجاء فى عبارة ابن العربى التصريح بأنها تدل على اعتبار العرف فى التشريع سواء فى بيان أحكام النفقة أو غيرها حيث قال :

« قد بينا أنه — أى الإنفاق — ليس له تقدير شرعاً وإنما أحاله الله سبحانه وتعالى على العادة وهى دليل أصولى بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام وقد أحال الله تعالى على العادة فيه فى الكفارة فقال تعالى : « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم » »

فابن العربى يؤيد ماذهب إليه فى الاستدلال على صحة بناء الأحكام على العرف بالآية المذكورة بقوله تعالى فى كفارة اليمين « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » فالإطعام الواجب فى الكفارة هو الوسط فى الجنس والمقدار مما يطعم منه الأهلون فى العادة .

وقال ابن العربى :

« أجمعت الأمة على أن الوسط بمعنى الخيار هنا متروك ، واتفقوا على

أنه المنزلة بين الطرفين فمنهم من جعلها معلومة عادة ومنهم من قدرها كأبي حنيفة ، وإنما حمله على ذلك حديث رواه أبو داود عن عبد الله ابن ثعلبة - رضى الله عنه - قال : « قام فينا رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فأمر بصدقة الفطر صاع من تمر أو صاع من شعير على كل رأس أو صاع بر بين اثنين » وبه أخذ سفيان وابن المبارك والذى ثبت فى الصحاح صاع من الكل من طريق ابن عمر وأبى سعيد وذلك كله مشهور » .

ثم قال ابن العربى : إنه رأى الإمام أبى حنيفة - رضى الله عنه - أراد به الوسط من الجنس وذلك باطل بقوله تعالى « ما تطعمون أهليكم » وإنما يخرج الرجل مما يأكل ، بمعنى أن المكفر يخرج ما يستطيعه فى خاصة نفسه على قدر حاله فى إعساره ويساره كما ذكره الجصاص وغيره من الحنفية فإن لم يستطعه فى خاصة نفسه على قدر حاله لم يكلف أن يعطى غيره سواه ، وأن النبى - صلى الله عليه وسلم - قال « صاعا من طعام صاعا من شعير صاعا من تمر » ليخرج كل أحد فرضه مما يأكل منها وهذا مما لا خفاء فيه . ونحن نقول : إنه أراد به الجنس والقدر جميعاً وذلك مد بمد النبى - صلى الله عليه وسلم - وهو العدل من القدر ، ولم يجمل الله سبحانه وتعالى فى كفارة اليمين بل قال : « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وقد كان عندهم جنس ما يطعمون وقدره معلوما (١). ا هـ

ومثل هذا الذى ذكره ابن العربى - رحمه الله تعالى - من أن الله تعالى أحال بيان الوسط فى الكفارة على العرف قد صرح به الجصاص - رحمه

---

(١) أحكام القرآن لابن العربى ج ٢ ص ٦٤٥

الله تعالى - فى حديثه عن آية كفارة اليمين . فقال : قوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وهو مرتان فى اليوم غداء وعشاء لأن الأكثر فى العادة ثلاث مرات والأقل واحدة والأوسط مرتان .. وروى عن ابن عمر - رضى الله عنه - قال : أوسطه الخبز والتمر والخبز والزيت وخير ما نطعم أهلنا الخبز واللحم (١).

وقال الحنابلة كما ذكر ابن قدامة فى المغنى وابن تيمية فى الفتاوى « أنه يطعم أهل كل بلد من أوسط ما يطعمون أهليهم قدراً ونوعاً . وهذا هو معنى قول القاضى إسماعيل بن إسحق ، كان مالك رضى الله عنه يرى فى كفارة اليمين : أن المد يجزىء فى المدينة ، قال مالك رضى الله عنه - وأما البلدان فإن لهم عيشاً غير عيشنا فأرى أن يكفروا بالوسط من عيشهم لقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وهو مذهب داود وأصحابه مطلقاً والمنقول عن أكثر الصحابة والتابعين هذا القول ، ولهذا كانوا يقولون : الأوسط خبز ولبن ، خبز وسمن ، خبز وتمر والأعلى خبز ولحم وهذا القول هو الذى يدل عليه الكتاب والسنة والاعتبار وهو قياس مذهب أحمد - رضى الله عنه - وأصوله فإن أصله : أن ما لم يقدره الشارع فإنه يرجع فيه إلى العرف ، وهذا لم يقدره الشارع فيرجع فيه إلى العرف لا سيما مع قوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » وأن العبرة بالعرف فى كل حال من أحوال الرخص والغلاء والإعسار واليسار والصيف والشتاء وغير ذلك اهـ(٢).

وفى هذه النصوص التى ذكرها الفقهاء دلالة على أن الحكم المطلق

---

(١) أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ٤٨٧

(٢) فتاوى ابن تيمية جـ ٢ ص ٨٥ وما بعدها.

الذى أوجبه القرآن فى النفقة والكفارة يرجع فى تفصيله إلى العرف ودل ذلك على اعتبار العرف فى التشريع وصرح ابن العربى بأنها دليل أصولى بنى الله عليه الحلال والحرام . وهذه العبارة فيها تسامح فمع اعتبار العرف فى التشريع « وتنزيل الأحكام المطلقة عليه لم يقل أحد أن العرف أو العادة دليل مستقل ، بل إن المتتبع لآراء المالكية فى كثير من الفروع الفقهية التى بنيت أحكامها على العرف والعادة يرى أنهم أخذوا بالعرف لبيان العلة أو تحقيق المناط (كما سيأتى فى أول الباب الرابع) .

وفى آخر ما استدلوا به قوله تعالى : « ومن يتبع غير سبيل المؤمنين » نوله ما تولى ونصله جهنم وساءت مصيرا » فقد ذكر صاحب المواهب السنية فى قاعدة « العادة محكمة » أنه يمكن الاستدلال بهذه الآية على اعتبار العرف فى التشريع[1] .

ووجه الاستدلال بهذه الآية على أن السبيل معناه لغة الطريق وسبيل المؤمنين طريقتهم التى استحسنوها وقد أوعد الله تعالى بالعقاب والعذاب على من تبع غير سبيلهم فدل على أن اتباع سبيل المؤمنين واجب فالعادة التى استحسنوها معتبرة شرعا فيجب العمل بها .

ولا ينافى هذا أن تكون الآية دليلا على حجية الإجماع كما اشتهر عن الإمام الشافعى رضى الله عنه ويؤخذ من مجموع هذه الأدلة التى يقوى بعضها بعضاً أن العرف معتبر فى التشريع الإسلامى ويبنى عليه الأحكام المطلقة فى الشريعة .

---

(١) الفوائد الجنية على المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية ج١ ص ١٨٥

٢ — أدلة اعتبار العرف من السنة :

وأما أدلة اعتبار العرف فى التشريع من السنة فمن وجهين :

١ — السنة القولية .

٢ — السنة التقريرية .

أما السنة القولية فقد ورد فيها عدة أحاديث ذكرها الفقهاء أثناء كلامهم عن العرف أو الأحكام المبنية عليه . ومن هذه الأحاديث :

١ — قوله صلى الله عليه وسلم — مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ومارآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح .

٢ — حديث هند بنت عتبة الذى رواه الجماعة إلا الترمذى عن عائشة رضى الله عنها «إن هند بنت عتبة قالت لرسول الله — صلى الله عليه وسلم — يارسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم ، فقال صلى الله عليه وسلم خذى مايكفيك وولدك بالمعروف» .

٣ — قوله — صلى الله عليه وسلم — فى حجة الوداع بشأن الزوجات فيما أخرجه مسلم — رحمه الله تعالى — «ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» .

أما الحديث الأول ، فقد ذكره كثير من الفقهاء — فى كلامهم عن العرف وأدلة اعتباره . . قال السيوطى فى الأشباه . وكذلك ابن نجيم فى أشباهه فى الاستدلال على قاعدة «العادة محكمة» وأصلها قوله صلى الله عليه وسلم «ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن» .

كما ذكر الفقهاء : أن العرف صار حجة لإثبات حكم شرعى وأنه صار حجة بالنص وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول لقوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن »(١) .

ويقول الكمال بن الهمام فى فتح القدير :

« والعرف إنما صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » . وما لم ينص عليه الرسول صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس لأنها — أى العادات — دلالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن(٢) .

وقال السرخسى فى باب الوقف :

فى وقف المنقول مقصوداً اختلاف بين أبى يوسف ومحمد — رحمهما الله تعالى ذكره فى (السير الكبير) والجواب الصحيح : أن ماجرى العرف بين الناس بالوقف فيه من المنقولات يجوز باعتبار العرف ، كثياب الجنازة وما يحتاج إليه من القدور والأوانى فى غسل الميت ، وهذا الأصل معروف ،أن ما تعارفه الناس وليس فى عينه نص يبطله فهو جائز ، وبهذا الطريق جوزنا الاستصناع فيما فيه تعامل لقوله عليه الصلاة والسلام : ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن اهـ (٣)

وهذا صاحب فتح القدير يصرح بأن العرف صار حجة بالنص

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٨ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٦

(٢) فتح القدير جـ ٦ ص ٢٨٩ ويراجع بدائع الصنائع جـ ٥ ص ٢٢٣

(٣) المبسوط جـ ١٢ ص ٤٥

ويذكر الحديث ويزيد ذلك بياناً فيذكر أن ما لم ينص عليه شرعاً فهو محمول على العرف والعادة وقد جاز ذلك لقوله ﷺ مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن .

ويذكر السرخسي كما ذكر ابن العربي في الاستدلال بالكتاب الكريم، أن ما تعارفه الناس دليل أو أصل معروف فتبنى عليه أحكام ما ليس فيه نص شرعي إذا لم يكن في العرف نص يبطله ، وكما جاز وقف المنقول لجريان العرف به جاز الاستصناع فيما فيه تعامل بهذا الطريق ، والأصل في ذلك هو الحديث المذكور .

وقد تضافرت كتب الفقه وقواعده في نقل هذا الحديث ومع ذلك فقد تكلم العلماء في سنده ولذلك فهو لا يدل على المطلوب عند الذين تكلموا في سنده أو دلالته .

فقد ذكر السيوطي وابن نجيم بعد استدلالهما به :

قال العلائي : « لم أجده مرفوعا في شيء من كتب الحديث أصلا ولا بسند ضعيف بعد طول البحث وكثرة الكشف وإنما هو من قول عبد الله ابن مسعود موقوفاً عليه أخرجه أحمد في مسنده » اهـ

وإذن فهو لا يعدو أن يكون قول صحابي وقول الصحابي فيه الخلاف المشهور بين الأئمة .

وجاء في تقييد الشيخ محمد على الرافعي الطرابلسي على أشباه ابن نجيم : رواه أحمد في كتاب السنة ووهم من عزاه إلى المسند اهـ وذكر مثل ذلك الحموي في شرح الأشباه ثم قال فكأن العلائي تبع من وهم في نسبته إلى مسند أحمد (١).

(١) شرح الحموي جـ ١ ص ٧٨

قال السخاوى فى المقاصد الحسنة : ووهم من عزاه إلى المسند(١) .

وذكر الزيلعى فى نصب الراية لأحاديث الهداية فى بيان مرتبة هذا الحديث : « أنه غريب مرفوعا ولم أجده إلا موقوفاً على ابن مسعود — رضى الله عنه »(٢) اهـ .

وممن ذكره على أنه أثر موقوف على ابن مسعود البزار والطبرانى والطيالسى فى مسنده وأبو نعيم فى الحلية فى ترجمة ابن مسعود منها وابن حزم فى الأحكام وذكر الشيخ محمد الخضر حسين فى تعليقاته على الموافقات(٣) .

(هذا الحديث رواه أحمد والبزار فى مسنديهما موقوفا على ابن مسعود وروى مرفوعا من حديث أنس لكن إسناده ساقط) اهـ .

وهذا الحديث ، وإن روى موقوفا على ابن مسعود رضى الله عنه وروى مرفوعا فى بعض الروايات من حديث أنس — رضى الله عنه — فيمكن القول : بأن ابن مسعود رضى الله عنه — سمع ذلك أو معناه من النبى ﷺ ومع هذا الاحتمال فهل يدل على المطلوب أم لا ، وأحاول بيان ذلك فى الآتى :

سياق الحديث يوحى بأن المراد بالمسلمين — الصحابة وأئمة السلف

---

(١) قول الطرابلسى والحوى والسخاوى « ووهم من عزاه إلى المسند » يعنه وجود الحديث فى المسند جـ ١ ص ٣٧٩ وقول الحافظ العلائى « أخرجه أحمد فى مسنده قول صحيح لا وهم فيه » .

(٢) جـ ٤ ص ١٣٣

(٣) جـ ٢ ص ٢٣٨

والخلف من أهل الحـــل والعقد والغيرة على الإسلام والمسلمين والعلم بمقاصد التشريع ولا يشمل عوام المسلمين ذلك من وجهين :

الأول — أن الرأى كما قال ابن القيم : ما يراه القلب بعد فكر وتأمل وطلب لوجه الصواب مما تتعارض فيه الإمارات .

وذلك يتأتى عن طريق الاستنباط من الأدلة الشرعية بطرق الاستنباط التى ذكرها الفقهاء وهذا غير ميسور لكل واحد من المسلمين ولعل مما يؤيد ذلك أنه ذكر أنه قوله « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » بعد قوله فى شأن الصحابة — رضى الله عنهم — ثم نظر فى قلوب العباد فاختار له أصحاباً جعلهم أنصار دينه ووزراء نبيه .

الوجه الثانى : وهو ما ذكره الآمدى بقوله(١) :

« ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » أشار إلى إجماع المسلمين والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسناً يكون حسناً عند الله وإلا كان ما رآه آحاد العوام من المسلمين حسناً أن يكون حسناً عند الله وهو ممتنع » اهـ .

وجاء فى الأحكام لابن حزم(٢) :

« إن الحديث المذكور لو أتى من وجه صحيح فإنه يدل على إجماع العلماء من المسلمين ثم قال : وليس ما رآه بعض المسلمين بأولى بالاتباع مما رآه غيره من المسلمين ولو كان ذلك ممكناً لكنا مأمورين بالشىء وضده وبفعل شىء وتركه معاً وهذا محال لا سبيل إليه » اهـ .

---

(١) الأحكام جـ ٣ ص ١٣٨

(٢) الأحكام لابن حزم جـ ٧ ص ١٩

ويفهم من كلام الآمدى وابن حزم والشاطبي فى الاعتصام(١) :

إن المسلمين صيغة عموم واللام فيها الاستغراق الذى هو مدلول الصيغة عند عدم القرينة على عهد أو غيره وحينئذ فالحديث يدل على إجماع أهل الحل والعقد وما رآه أهل الإجماع حسناً فهو عند الله حسن . ويكون بهذا المعنى حجة .

والعرف الذى تحدث عنه الفقهاء واستدلوا على اعتباره بهذا الحديث . بهذا المعنى يكون داخلا فى مدلول الحديث عند من استدل به على اعتبار العرف سواء روى مرفوعاً إلى النبي صلى الله عليه وسلم أو موقوفاً على ابن مسعود رضى الله عنه .

ودلالة الحديث على حجية الإجماع لا يمنع أن يدل كذلك على اعتبار العرف وبخاصة ما رجع إلى الإجماع العملى فما رآه أهل الإجماع من الأعراف حسناً فهو عند الله حسن ، وما رأوه قبيحاً فهو عند الله قبيح ، وقد تقدم أن الحنفية قالوا : إن التعامل راجع إلى الإجماع وتقدم : أن على المجتهد والفقيه أن ينظر فى أعراف الناس ومعاملاتهم فما كان صالحاً تركهم عليه وما كان فاسداً بين للناس وجه الفساد وأرشدهم إلى الصحيح من أحكام الشريعة ، وبذلك تتضح دلالة الحديث على اعتبار العرف فى التشريع ما رجع منه إلى الإجماع وما لم يرجع إليه .

أما الحديث الثانى والثالث : وهما حديث هند بنت عتبة الذى جاء فيه قوله صلى الله عليه وسلم : « خذى ما يكفيك وولدك بالمعروف » وقوله صلى الله عليه وسلم فى شأن النساء فى حجة الوداع « ولهن مثل

---

(١) الاعتصام للشاطبي ج ٢ ص ١٣٠

الذى عليهن بالمعروف » . وقد تقدم فى الحديث عن الناقة ما ذكره الفقهاء فى الحديثين .

وفى حديث هند بنت عتبة قال القرطبى فيه اعتبار العرف فى الشرعيات .

وهذه العبارة فيها تصريح بدلالة الحديث على اعتبار العرف فى التشريع فيما جاء من الأحكام مطلقاً لم يفصل ، وهذا من أقوى الأدلة على اعتبار العرف فى التشريع فكأنه قال : لقد وجب على الزوج نفقة الزوجة وترك أمر تقديرها إلى ما يجرى به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن والأزمان ، وكذلك تنزيل كل النصوص التى جاءت بالأحكام المطلقة . وقال النووى فى هذا الحديث فوائد . وذكر منها : « اعتماد العرف فى الأمور التى ليس فيها تحديد شرعى »(١) .

القسم الثانى « السنة التقريرية » :

السنة التقريرية : وهى سكوت النبى - صلى الله عليه وسلم - عند علمه بأمر ليس معتقداً لكافر ولا سبق له إنكاره وهذا يدل على الجواز ، والعرف الذى كان موجوداً فى زمن النبى - صلى الله عليه وسلم - من هذا القبيل ، وقد تعارف الناس فى زمن النبى - صلى الله عليه وسلم - أموراً تتعلق بشئون الحياة فلم يحرمها أو ينهى عنها فدل على جوازها ، كما تعارفوا أموراً جاء ما يفيد أن النبى - صلى الله عليه وسلم - أقرهم عليها أو شاركهم فى فعلها فهذا أيضاً يدل على جوازها .

---

(١) شرح النووى على صحيح مسلم ج ٢ ص ٧ و ٨

وكذلك أقر الإسلام ما كان صالحاً للبقاء فى ظل التشريع الإسلامى مما تعارف عليه الناس قبل الإسلام وألغى ما كان غير صالح — كما سلف — فألغى الإسلام عقد الربا وعقود الغرر والمنازعات . . وأقر عقود الإجارة والشركة والمضاربة والسلم . ووضع لها قواعد وشروطاً ليكون الغرض منها تحقيق المصلحة ، كما تقدم (١) .

ومن الأمثلة على ذلك عقد السلم . فقد عرفه العرف فى الجاهلية ، وهو كما تذكر كتب الفقه شراء شيء لم يوجد بثمن عاجل حال . وفيه روى البخارى عن ابن عباس رضى الله عنهما ، أنه قال : قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون التمر السنة والسنتين فقال ﷺ « من أسلف فى شيء فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » .

وقد أصبح ما أقره النبى ﷺ معروفاً بالسنة التقريرية وقد جعلت لما تعارف عليه الناس اعتباراً فكان له أثره فى التشريع الإسلامى . ومن ذلك ما قاله الإمام البخارى نقلا عن السيدة عائشة أم المؤمنين — رضى الله عنها — قالت :

« إن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء . فنكاح منها نكاح الناس اليوم يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها »(٢) .

كذلك نهى الإسلام الرجل أن يأخذ صداق ابنته دونها كما كانت عادتهم فى الجاهلية وجعل الصداق ملكا لها . قال السيوطى فى أسباب النزول(٣) :

(١ ، ٢) يراجع ماتقدم فى الحديث عن (سلطان العرف) .

(٣) أسباب النزول للبيرونى ص ٤٨

أخرج ابن أبى حاتم عن أبى صالح قال كان الرجل إذا زوج ابنته أخذ صداقها دونها فنهاهم الله عن ذلك فأنزل « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » اه

فالإسلام لم يقر من أعراف الناس إلا ما كان موافقاً لمنهاج الإسلام التشريعى وما كان مخالفاً نهى عنه وكذا ما كان من شعار الكفار أبطله وبين أنواع المعاملات الحرام منها والمباح وما يجب فعله ومالا يجب ونهى عن الفاسد وأمر بالصالح.

ولا فرق فى هذا العرف بين أن يكون فعلا وأن يكون تركا مع قيام سبب الفعل وهذا العرف يروى غالباً بصيغة كنا نفعل كذا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم.

ومما يزيد أدلة اعتبار العرف بالسنة التقريرية قوة أن النبى صلى الله عليه وسلم فعل بعض ما أقرهم عليه فقد روى أن النبى صلى الله عليه وسلم استصنع خاتماً ومنبراً . فقد تعارفوا عقد الاستصناع ثم شاركهم النبى صلى الله عليه وسلم فى العمل به . فكأنه دل على اعتبار العرف بالسنة التقريرية (١) .

٣ — الاستدلال على اعتبار العرف بالإجماع :

الإجماع الدال على اعتبار العرف إما أن يكون برؤية أهل الإجماع العرف الذى جرى عليه الناس وأقروه ولم ينكره أحد منهم من غير داع إلى عدم الإنكار وإما أن يكون بمشاركة أهل الإجماع للناس فى العمل بالعرف الذى جرى به العمل بينهم ، وهذا هو الإجماع العملى . وأكثر ما يكون فى استدلال الفقهاء على جواز الاستصناع سواء كان فعل الكل

---

(١) يراجع ما يأتى فى «العرف والقياس فى الباب الرابع» .

أو فعل البعض — كما سلف — فى عبارة الكمال بن الهمام ، إننا جوزنا الاستصناع استحساناً بالتعامل الراجع إلى الإجماع العملى » .

وقد قال القرافى فى التنقيح فى حديثه عن الإجماع :

« إنه اتفاق المجتهدين ، واتفاق المجتهدين هو اتفاقهم فى القول أو الفعل أو الاعتقاد » .

وعلى ذلك فالإجماع العملى داخل فى أنواع الإجماع، فاذا ما كان باشتراك أهل الإجماع فيما تعارف عليه الناس بالفعل كان ذلك حجة قطعاً ، وإذا كان بمعنى فعل البعض من غير إنكار عليهم كل هذا محتمل » . وعلى كل فهو إجماع وإن كان لا بد من أن يتكرر الفعل فى الإجماع السكوتى .

وقد قال أكثر الحنفية : إن الإجماع السكوتى حجة قطعاً . وقال الحسن الكرخى : إنه حجة ظنية أما الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فانه ينكر حجية الإجماع السكوتى فى غير الأمر المتكرر أما الأمر الذى تكرر وتكرر معه السكوت فهو يقول : بحجيته .

ومن الأمثلة التى يستدل بها فى هذا الموضوع ، ماذكره الفقهاء فى مشروعية القواض أو المضاربة فقد حدث مالك — رضى الله عنه — فى الموطأ عن زيد بن أسلم — رضى الله عنه — قال :

« خرج عبد الله وعبيدالله ابنا عمر بن الخطاب — رضى الله عنهم — فى جيش إلى العراق فلما قفلا مرا على أبى موسى الأشعرى وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ، ثم قال :لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت . ثم قال بلى هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين . فأسلفكماه فتبتاعان به متاعاً من متاع العراق ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى

أمير المؤمنين ويكون الربح لكما فقالا : وددنا ذلك . ففعل ، وكتب إلى عمر — رضى الله عنه — أن يأخذ منهما المال ، فلما قدما فباعا فأربحا فلما دفعا ذلك إلى عمر قال . أكل الجيش أسلفه مثل ما أسلفكما ؟ قالا : لا ، فقال عمر — رضى الله عنه — إبنا أمير المؤمنين هذا فأسلفكما أديا المال وربحه . أما عبدالله فسكت . وأما عبيدالله فقال : ما ينبغى لك يا أمير المؤمنين هذا لو نقص المال أو أهلك لضمناه ، فقال عمر : أدياه . فسكت عبدالله ، وراجعه عبيد الله ، فقال رجل من جلساء عمر : يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضاً . فقال عمر : قد جعلته قراضاً فأخذ عمر رأس المال و نصف ربحه وأخذ عبدالله وعبيدالله أبنا عمر بن الخطاب نصف الربح(١) .

فالقراض الذى دلت على إباحته هذه الحادثة . . وهو تلك المعاملة التى تقوم على أساس المشاركة بين رأس المال والعمل . وأهل العراق يسمونها المضاربة ، وتسميتها بالقراض لغة أهل الحجاز . وقد أجمع العلماء على أن تلك المعاملة لاتستند إلى نص مرفوع إلى النبى صلى الله عليه وسلم وإنما أجيزت لأنها كانت معاملة معروفة فتعامل بها الصحابة فكان ذلك إجماعا منهم على صحة التعامل بها — وفى ذلك يقول « الشوكانى » فى نيل الأوطار(٢):

« وهذه الآثار تدل على أن المضاربة كان الصحابة يتعاملون بها من غير نكير فكان ذلك إجماعا منهم على الجواز وليس فيها شىء مرفوع إلى النبى ﷺ إلا ما أخرجه ابن ماجة من حديث صهيب رضى الله عنه

---

(١) الموطأ جـ٢ ص١٧٣ . ويراجع منح الجليل على مختصر خليل الشيخ عليش جـ ٣ص٦٦٢
(٢) نيل الأوطار جـ ٥ ص٢٦٥

قال : قال رسول الله ﷺ « ثلاث فيهن البركة : البيع إلى أجل والمقارضة ، وخلط البر بالشعير للبيت لا للبيع » اهـ .

وقال ابن حزم فى مراتب الإجماع[١] :

« كل أبواب الفقه ليس منها باب إلا وله أصل فى القرآن والسنة نعلمه — ولله الحمد — حاشا القراض فما وجدنا له أصلا فيهما البتة ولكنه إجماع صحيح مجرد » .

ولما كان لا بد للاجماع من مستند عند ابن حزم ، وفى هذا الذى ذكره خروج عن أصله هذا عاد فقال : « والذى نقطع عليه أنه كان فى عصر النبى ﷺ وعلمه فأقره ولولا ذلك ما جاز » اهـ . وإذا كان النبى ﷺ علمه وأقره فهو جائز بالسنة التقريرية .

وعلى ذلك فالإجماع الذى أقر العرف ورد إليه ليس مما حصل فيه السكوت مرة أو مرتين فى أمر من الأمور التى تعارفها الناس بل هو مما كثر فيه السكوت مع تكرر الفعل لأن مثل هذه الأمور مما تتكرر عادة لأنها وليدة الحاجة والمصلحة التى لا تتعارض مع النصوص الشرعية ومقاصدها العامة ولذا فكثير من الأعراف والعادات التى يتحدث عنها الفقهاء ترجع إلى العرف العملى[٢] .

وأما عند المالكية فعرف أهل المدينة يرجع إلى الإجماع العملى لأهل المدينة .

ولذلك كثيراً ما يعبر عنه الإمام مالك — رضى الله عنه — بقوله :

---

(١) يراجع ما يأتى فى شروط العرف والعرف واختلاف الفقهاء .
(٢) لذلك صور ستأتى فى العرف والإجماع .

والأمر عندنا كذا أو الأمر المجتمع عليه عندنا كذا ، وهذا العرف المدنى هو ما استمر عليه أهل المدينة جيلا بعد جيل وسندهم فى ذلك هو السنة القولية أو الفعلية أو إجماع الصحابة كما جاء فى مقدار المكاييل كالصاع والمد وتثنية الأذان وإفراد الإقامة وغير ذلك مما أفتوا به بناء على عرف أهل المدينة الذى توارثوا العمل به من عهد الصحابة والتابعين رضى الله عنهم أجمعين .

وقد قال الإمام مالك رضى الله عنه لأبى يوسف رضى الله عنه لما ذهب إلى المدينة وبين له مقدار الصاع عند أهل المدينة بحضور جماعة منهم ذكروا أنهم توارثوا العمل به من عهد رسول الله ﷺ : « أتراهم يجمعون على باطل » وكذا تثنية الأذان وإفراد الإقامة . فرجع أبو يوسف إلى قوله ، وقال « لو رأى صاحبى - يقصد أبا حنيفة - ما رأيت لقال به »(١) .

وأخيراً فهذه هى أدلة اعتبار العرف فى التشريع مما استطعت الوقوف عليه ، مما ذكره الفقهاء ، والأصل فى ذلك كله هو الكتاب الكريم فإنه لما دل على اعتبار العرف جاءت السنة مبينة لما جاء به ، ولما علم الفقهاء بأن الكتاب والسنة دلا على اعتبار العرف لم يجدوا بدا من الإجماع على اعتباره فيما ليس فيه نص شرعى من الأحكام المطلقة - كما يحكم فى الوقائع والتصرفات .

(١) يراجع ما يأتى فى شروط العرف والعرف واختلاف الفقهاء .

شروط العرف المعتبر فى التشريع

تمهيد : بعد أن ذكرت معنى اعتبار العرف فى التشريع وأدلة اعتباره أذكر شروط العرف المعتبر فى التشريع لأنه لا يعتبر من الأعراف فى التشريع وتبنى عليه الأحكام إلا العرف الذى اصطلح عليه الفقهاء واشترطوا فيه الشروط الآتية :

١ — أن يكون العرف مطرداً أو غالباً .

٢ — أن يكون عاما — ونازع فيه بعضهم .

٣ — ألا يخالف العرف النص الشرعى من كتاب أو سنة .

٤ — ألا يعارضه تصريح بخلافه .

٥ — أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف .

١ — الشرط الأول : أن يكون مطرداً أو غالباً

قال السيوطى فى الأشباه والنظائر(١) :

« إنما تعتبر العادة إذا اطردت فإن اضطربت فلا .. قال إمام الحرمين فى باب الأصول والثمار : كل ما يصح فى اطراد العادة فهو الحكم ومضمره كالمذكور » .

وقال ابن نجيم فى أشباهه (٢) :

« إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ، ولذا قالوا : لو باع بدراهم

---

(١) ص ٩٠ (٢) ص ٤٧

أو دنانير وكانا فى بلد اختلف فيه النقود مع الاختلاف فى المالية والرواج انصرف البيع إلى الأغلب قال فى الهداية: لأنه هو المتعارف فينصرف إليه» .

فقد ذكر السيوطى وابن نجيم شرط الاطراد ، ومعنى الاطراد : أن تكون العادة مستمرة بحيث لا تتخلف فى جميع الحوادث ، وقد يعبر عن الاطراد بالعموم (كما سيأتى) ومثال ذلك : إذا ما جرى العرف بين الناس فى بلد أو إقليم بتعجيل المهر قبل الدخول أو تقسيمه إلى معجل ومؤجل . فانه يكون مطرداً فى هذا البلد أو الإقليم إذا كان أهله يجرون على الحالة المتعارفة من التعجيل أو التقسيم فى جميع حوادث النكاح .

ومعنى الغلبة كما عطفها ابن نجيم على الاطراد : أن يكون العمل بالعرف كثيراً ولا يتخلف إلا قليلا وكأنه يقول : باشتراط الاطراد فى العرف فإذا تخلف فيجب أن يكون ذلك قليلا ونادراً وإلا خرج عن كونه مطرداً أو غالباً ، والاطراد أو الغلبة يجعل العرف مقطوعا بوجوده ولا يقدح فى اعتبار العرف إذا ترك العمل به فى بعض الوقائع القليلة .

وقد جاء فى مجلة الأحكام العدلية (مادة ٣٩) نقلا عن مجامع الحقائق : « العبرة للغالب الشائع لا للقليل النادر »(١) .

ولذا قال الإمام الشاطبى فى الرد على من قال : إن اطراد العوائد غير معلوم بل يكون إن وجد فمظنون ما نصه(٢) :

« إن العلم المحكوم به على العادات إنما هو فى كليات الوجود لا فى

---

(١) المنافع شرح مجامع الحقائق ص ٣٢٥

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٢٨٢ وما تقدم ص ١٠٥

جزئياته وما اعترض به من باب الأمور الجزئية التي لا تخدم كلية ولذلك لم يدخل ذلك — أى تخلفها فى بعض الجزئيات — على أرباب العوائد شكاً ولا توقفاً فى العمل على مقتضى العادات البتة » . اهـ

وقال أيضاً : « وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً فلا يقدح فى اعتبارها انخراقها ما بقيت عادة على الجملة » . اهـ

وعلى ذلك فالعادة المطردة محكمة فى التصرفات كما ذكر إمام الحرمين : أن ما صح اطراده فى العرف فهو المحكم وصريح ذلك كالمضمر . ولذا قال الفقهاء : إن العادة المطردة فى ناحية تنزل منزلة الشرط كما تنزل منزلة صريح الأقوال فى النطق بالأمر المتعارف(١) .

قال العز بن عبد السلام (٢) :

فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال . وقد فرع الفقهاء على ذلك بأن التوكيل فى البيع المطلق يتقيد بثمن المثل وغالب نقد البلد الذى فيه البيع تنزيلا للغالبة منزلة النطق به صريحاً . وفى حمل الودائع والأمانات على حرز المثل فتحفظ الجواهر والذهب والفضة فيما تحرز فيه عادة ولا تحرز فيما تحرز فيه الثياب والأحطاب تنزيلا للعرف منزلة تصريحه بحفظها فى حرزها ، وحمل الصناعات على صناعة المثل فإذا استأجر أحد إنساناً ليصنع شيئاً فإنه يحمل على صناعة المثل » اهـ .

والاطراد والغلبة فى العرف كما يفهم من عبارة ابن نجيم المتقدمة قد يكون فى جميع البلاد أو مطرداً فى بلد خاص فيتنزل منزلة العام ويطلق

---

(١) يراجع ما تقدم فى العرف العملى ص ٨٩

(٢) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٢٦

عليه أنه مطرد فى هذا البلد كما قال السيوطى « العادة المطردة فى ناحية هل تنزل منزلة الشرط » .

ثم صرح بأن العرف المطرد أو الغالب فى بلد فإنه يرجع إليه فى المعاملة التى تجرى بين أهله فقال : « من باع شيئاً وأطلق نزل على النقد الغالب فلو اضطربت العادة فى البلد وجب البيان وإلا بطل البيع » اهـ .

والذى استظهره السيوطى ، أن العرف المطرد فى بلد واشتهر ولم يضطرب فإنه ينزل منزلة العرف العام فى اعتباره بين أهله الذين تعارفوه .

والغلبة والاطراد فى جميع البلاد أو فى بلد واحد كما ذكر الفقهاء ، هو ما اشتهر عند أهل العرف لا فى كتب الفقهاء ، فالاشتهار فى الكتب غيره فى العرف لأن ما دون فى كتب الفقهاء كان عرفاً سائداً فى زمانهم فإذا تغير العرف كلا أو بعضاً منه واطرد أو غلب عمل بمقتضى ذلك .

قال القرافى ـ رضى الله عنه (فى الأحكام) فى حديثه عن ألفاظ الطلاق التى كانت مشتهرة فيما سلف فى إزالة العصمة ثم تغير العرف فيما تدل عليه ما نصه :

« ينبغى أن تدور الفتيا فيها مع اشتهارها فى العرف وجوداً وعدماً فى أى وقت شهر حصلت عليه بغير نية وفى أى وقت لم يشهر فيه ـ أى اللفظ ـ لم يحمل عليه إلا بنية ولا يكفى فى الاشتهار كون المفتى يعتقد ذلك ، فإن ذلك نشأ من قراءة المذهب ودراسته والمناظرة عنه ، بل الاشتهار أن يكون أهل العرف لا يفهمون عند الإطلاق إلا ذلك المعنى لا من لفظ الفقهاء بل استعمالهم لذلك اللفظ فى ذلك المعنى ، فهذا هو الاشتهار المعتبر لنقل اللفظ من اللغة إلى العرف » اهـ(١) .

---

١) الأحكام ص ٧١

والمعنى الذي يقصده القرافي بالاشتهار هو المعنى الذي يقصده من قال بالاطراد أو الغلبة فإذا كان كذلك اعتبر . وإن لم يكن كذلك لم يعتبر لعدم تقرره واشتهاره بين الناس ، ولأن غلبة العرف أو اطراد العمل به قرينة على المراد من التصرف بالقول أو بالفعل وتصرف المرء يحمل على الغالب والأغلب في العرف لأن ذلك هو المتبادر فينصرف إليه .

قال الكرخي في رسالته في الأصول : الأصل أن السؤال والخطاب يمضي على ما عم وغلب لا ما شذ وندر . اهـ(١) .

العرف المشترك :

وبهذا الذي ذكر يخرج العرف الذي لم يطرد أو لم يكن غالباً وهو ما تساوي العمل به وتركه ، وهو المسمى بالعرف المشترك ، وهو لا يعتبر في معاملات الناس ولا يصلح مستنداً أو دليلا يرجع إليه في تحديد الحقوق والواجبات المطلقة ، لأن عمل الناس به أحياناً إذا صلح شرطاً لاعتباره فتركهم له أحياناً عائلة ينقضه ، ومن ثم كان شرط الاطراد أو الغلبة لا بد منه لاعتبار العرف مرجحاً له على غيره مما لم يطرد من الأعراف والمرجوح لا يعارض الراجح الذي أصبح شائعاً مستفيضاً ، ويقول ابن عابدين :

« التعامل العام يشمل العام مطلقاً في جميع البلاد والعام في بلدة واحدة فكل منها لا يكون عاماً تبنى عليه الأحكام حتى يكون شائعاً مستفيضاً بين أهله ، أما لو كان مشتركاً فلا يبنى عليه الحكم للتردد في أن المتكلم قصد هذا المعنى أو المعنى الآخر فلا يتقيد أحد المعنيين لتعارضهما بتحقق الاشتراك

(١) رسالة الكرخي في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفية ص ٥ وبراجم قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٤٢

والعرف المشترك لا يصح الرجوع إليه فإن الاشتراك يقتضى تساوى المعنيين) اهـ .

ولما كان العرف المشترك للتردد فى طرفيه حيث تساوى العمل به وعدمه لا ينبنى عليه حكم فإن القرينة الموجودة وقت التصرف هى التى تبين مراد الإنسان من تصرفه وإذا غلب أحد العرفين كان قرينة دالة على المراد . وحينئذ لا عمل للمرجوح فى مقابلة الراجح وإلا كان ترجيحاً بلا مرجح وهو ممنوع .

وقد مثل الفقهاء للعرف المشترك بأمثلة منها :

إذا جرى عرف فى البلد الذى حدث فيه الزواج بأن جهاز الأب لابنته من ماله يعتبر عارية ووجد عرف آخر بأنه يعتبر هدية وتساوى العرفان فقام الأب بتجهيز ابنته من ماله وزفت بهذا الجهاز إلى زوجها ثم حدث نزاع بينهما واختلفا فى أن الجهاز عارية أو هدية ، فادعى الأب أنه عارية ليتسنى له الرجوع عليها واسترداده منها وطالبها برده إليه وأنكرت هى ذلك وادعت أنه هبة وتمليك . حتى لا يملك حق الرجوع عليها لأن من موانع الرجوع فى الهبة القرابة المحرمية ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه . لم يصلح هذا العرف المشترك دليلا مرجحاً لدعوى أحد الخصمين لتعارض العرفين حيث لا مرجح لأحدهما على الآخر لتساويهما ، وحينئذ يكون القول للأب بيمينه فيحكم له بدعواه وإذا كان أحد العرفين غالباً عمل به ولم يلتفت إلى الآخر ويكون القول لمن يشهد له العرف الغالب بيمينه فيحكم له بدعواه إذ لا تعارض حينئذ بين العرفين لعدم تساويهما وترجح أحدهما على الآخر فعمل به .

جاء فى البهجة شرح التحفة[1] :

(١) جـ١ ص ٣٢٨

والعرف جار عندنا بتجهيز الآباء بناتهم . . قال البرزلي : إذا استظهر الورثة برسم يتضمن أن العادة الجارية ببلدهم أن الرجل إذا جهز ابنته بحلي أو غيره إنما هو على معنى العارية والتجمل وإن طالت السنون : فقال ابن عبد السلام : إذا ثبت الرسم المتضمن العادة الجارية وجب الإعذار في شهوده إلى الابنة فإن عجزت أو سلمت عمل بمقتضاه ، اهـ .

وقد قال الفقهاء : « إن الدعوى تترجح بمعهود أو أصل فمن شهد له العرف ترجح جانبه لأن العرف كالشهادة » وقال بعض المالكية : « إن العرف وشهادة العادة إذا عارضت البينة فان العرف يقدم على البينة(١) .

وفي العرف المشترك حيث لم يترجح أحد الطرفين كانت القرينة الموجودة وقت التصرف هي التي تبين المراد مع اليمين .

وفي المسألة المتقدمة ذكر ابن عابدين نقلا عن الذخيرة البرهانية وواقعات الصدر الشهيد(٢) : أن الأب لو جهز ابنته فماتت فادعى أن ماجهزها به كان عارية لاملكا فالقول للزوج لأن الظاهر في العرف والعادة المستمرة التمليك .

أما إذا لم يكن التمليك هو المستمر في العرف والعادة فالقول للأب لأنه لايعرف التمليك أو عدمه إلا من جهته نظراً لاشتراك العرف . وذكر قاضيخان أن الأب إذا كان من كرام الناس وأشرافهم فهذا يفيد أنه دفعه تمليكا لا عارية وإن كان من أوساط الناس أفاد عدم استمرار دفعه تمليكا فيقبل قوله فيما إدعاه اهـ .

---

(١) جنى زهر الآس شرح عمل فاس ص ١٠٩

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٥

وهذا يدل على أن المتعارف فى زمن قاضيخان : أن الأب إذا كان شريفاً دفع تمليكاً وإذا كان وسطاً بين الناس فالغالب أنه يدفع عارية، وهذا هو الذى عليه الفتوى عند الحنفية وإذا تغير فالفتوى تتغير بتغيره كما قال الصدر الشهيد وهو المختار للفتوى .

وهذا الذى ذكر عن جمهور الفقهاء هو ما قال به الزيدية . فقد جاء فى البحر الزخار عن الإمام زيد والقاسم والهادى والناصر : اعتبار عادة البلدان فيما جرى بينهم وتعارفوه فإذا ما اختلفت رجع إلى الأغلب فى المعاملات فإن لم يكن أغلب واشترك أو تساوى العرفين خير كتعارض الأمارتين(١) .

٢ — الشرط الثانى : أن يكون العرف عاما ، ونازع فيه بعضهم

لقد تقدم أنه يشترط فى العرف الإطراد والغلبة وقد يكون العرف عاماً فى جميع البلاد أو بلد خاص وقد سبق فى تقسيم العرف : أنه ينقسم إلى عام وخاص .

وعموم العرف غير إطراده لأن العرف قد يكون عاماً ولكن العمل به لا يكون مستمراً فى جميع الحوادث فلا يكون مطرداً وكذلك العرف قد يكون خاصاً بطائفة أو مهنة أو أهل بلد خاص وقد يكون غير مطرد بالمعنى المذكور ، فالعام قد يكون غير مطرد والمطرد قد يكون غير عام .

وللعلماء فى اشتراط أن يكون عاماً مع إطراده رأيان :

(الأول) أنه يعتبر فى بناء الأحكام العرف العام دون الخاص . وهو لبعض الحنفية ومن وافقهم من الشافعية .

---

(١) البحر الزخار جـ ٣ ص ٣٢٥

(الثانى) أن العرف الخاص معتبر كذلك فى بناء الأحكام وقال به المالكية ومن وافقهم .

ومن تتبع كلام الفقهاء فيما فرعوه من مسائل فقهية مبنية على العرف يجد أنهم قد نظروا إلى العرف العام والعرف الخاص باعتبار أن لكل منهما موضعه ومجاله المعتبر فيه ، ولذا جاء حديثهم عن شرط العموم بصيغة الإستفهام ، فقد قال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر(١) :

« هل يعتبر فى بناء الأحكام العرف العام أو مطلق عرف ولو كان خاصاً . المذهب الأول » اهـ .

وقال فى البزازية معزياً إلى الإمام البخارى الذى ختم به الفقه « الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص وقيل يثبت » . وفى القنية من باب استئجار المستقرض المقرض التعارف الذى يثبت به الأحكام لا يثبت بتعارف أهل بلدة واحدة عند البعض وعند البعض وإن كان يثبت لكن أحدثه بعض أهل بخارى فلم يكن متعارفاً مطلقاً ، اهـ .

قال الحموى فى شرح الأشباه : (ومقصوده من هذا النقل عدم اعتبار العرف الخاص) حيث قال : الفتوى على خلافه .

فيؤخذ من هذا أن الرأى الغالب عند الحنفية هو اعتبار العرف العام .. ويصرح ابن نجيم أن الفتوى على خلاف هذا الرأى وهذا يفيد القول : اعتبار العرف الخاص ، وكذلك يرى فقهاء الحنفية . أن الحكم الذى ثبت بالعرف العام مثل جواز الإجارة للتعارف العام عليها مع مخالفتها للقواعد العامة إذ تعارف الناس على نوع من الإجارة يخالف المعنى العام للاجارة لا يثبت به حكم عام ولا خاص . كما مثل لذلك باستئجار المستقرض المقرض لما فيها من الاستغلال والربا ، والمسألة كما ذكرها :

---

(١) ص ٤٩

« لو استقرض ألفاً واستأجر المقرض لحفظ مرآة أو ملعقة كل شهر بعشرة وقيمتها لا تزيد على الأجرة ففيها ثلاثة أقوال :

١ — صحة الإجارة بلا كراهية اعتباراً لعرف خواص بخارى .

٢ — الصحة مع الكراهة للاختلاف .

٣ — الفساد لأن صحة الإجارة بالتعارف العام ولم يوجد وقد أفتى الأكابر بفسادها » اهـ .

كذلك نقل ابن نجيم عن القنية :

« لو تواضع أهل بلدة واحدة على زيادة فى سنجاتهم التى يوزن بها الدراهم على مخالفة سائر البلدان ليس لهم ذلك) اهـ .

ويعلق ابن عابدين على هذا الذى ذكره ابن نجيم فيقول(١) :

« لا يخفى أنه لا ضرورة إلى الاستئجار على حفظ ما لا يحتاج إلى حفظه بأضعاف قيمته فإنه ليس مما يقصده العقلاء ، ولذا لم يجز استئجار دابة ليجنبها أو دراهم ليزين بها دكانه ، كما صرحوا به أيضاً فتبقى على أصل القياس ولا يثبت جوازها بالعرف الخاص فإن العرف الخاص لا يترك به القياس فى الصحيح ، على أن هذا العرف لم يشتهر فى بلده بل تعارفه بعض أهل بخارى دون غيرهم ولا يثبت التعارف بذلك » .

ثم قال : وأما مسألة زيادة السنجات فإن المراد أن كل أحد من أهل تلك البلد يزيد فى سنجته فالمنع منه ظاهر ، وإذا كان المراد أن يتفقوا على زيادة خاصة فوجه المنع — والله أعلم — أنه يلزم منه الجهالة والتغرير

---

(١) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٣٠

إذا اشتروا بها من رجل غريب يظنها على عادة بقية البلاد اهـ.

وظاهر كلام ابن نجيم هو عدم اعتبار العرف الخاص إذا عارض العرف العام ، فهل معنى ذلك أنه إذا لم يعارضه يكون معتبراً ذلك هو ما استظهره ابن عابدين ، وقد قال هو وابن نجيم فى الرد على أهل بخارى : « إنه تعارفه بعض أهل بخارى وهو بهذا المعنى عرف خاص » ، ويفهم من هذا أنه لو تعارفه جميع أهل بخارى فإنه يعتبر عاماً أو كالعام بالنسبة لأهله الذين تعارفوه وفى ذلك يقول ابن عابدين : « التعارف العام يشمل العام مطلقاً فى جميع البلاد والعام فى بلدة واحدة فكل منهما لا يكون عاماً تبنى عليه الأحكام حتى يكون شائعاً مستفيضاً بين جميع أهله » اهـ.

هذا والمفهوم من كلام جمهور فقهاء الحنفية : أن العرف الخاص لا يعتبر وأن القول باعتباره قول ضعيف فى المذهب اللهم إلا إذا كان العرف الخاص مقرراً بالسنة فإنه يعتبر حينئذ كما صرح به البيرى فى شرح الأشباه لابن نجيم نقلا عن الصدر الشهيد قال :

« لا نأخذ باستحسان مشايخ بلخ ، وإنما نأخذ بقول مشايخنا المتقدمين لأن التعامل فى بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن الاستمرار عليه من الصدر الأول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبى صلى الله عليه وسلم على ذلك فيكون شرعاً منه » اهـ.

وقد خالف جمهور الحنفية فى هذا مشايخ بلخ وخوارزم وبخارى وأبو الليث السمرقندى وأبو على النسفى ، فقالوا : باعتبار العرف الخاص دليلا ومخصصاً ، وأفتوا بجواز كثير من المسائل والمعاملات التى يمنعها الدليل منها: جواز استئجار الحائك فى الغزل بجزء من عمله مع أنه ممنوع بدلالة

نهيه صلى الله عليه وسلم ، عن قفيز الطحان ؛ وقالوا إنهم خصصوا النهي في الحديث بالتعامل والتعامل حجة يترك به القياس ويخص به الأثر .

وكذلك فإن النهي ورد عن قفيز الطحان فلو تعارف أهل بلد قفيز الطحان لم يعتبر هذا التعارف ، لأن في اعتباره تركا للنص أصلا ، ولا يجوز ترك النص أصلا بالتعامل ، وإن جاز تخصيصه بتعامل العام فلا يجوز تخصيصه بتعامل أهل بلد واحد(١) .

وقال ابن نجيم : إن المذهب عدم اعتبار العرف الخاص وقد أفتى كثير من المشايخ باعتباره . وفي حديثه عن بناء الأحكام على العرف قال نقلا عن الكافي :

« والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي كل عصر عرف أهله » . اهـ .

وقال ابن عابدين : « إن حكم العرف يثبت على أهله عاماً أو خاصاً فالعرف في سائر البلاد يثبت حكمه على أهل سائر البلاد ، والخاص في بلدة واحدة يثبت حكمه على تلك البلدة فقط » .

وقال الحموي في شرح الأشباه : « قوله : الحكم العام لا يثبت بالعرف الخاص يفهم منه . أن الحكم الخاص يثبت بالعرف الخاص » اهـ(٢) .

وأقول : إنه لو لم يعتبر العرف الخاص لخلت وقائع كثيرة عن الأحكام تتطلب حكماً شرعياً بشرط أن يطرد العمل به كما اشترط ذلك في العرف العام ، فيثبت بالعرف العام الحكم العام ويثبت بالعرف الخاص الحكم الخاص .

---

(١) و (٢) المرجع السابق ص ١٣٠ — ١٣٥

وقد فرع الفقهاء على اعتبار العرف الخاص ، فقالوا فيما يدخل فى بيع الدور تبعاً وما لا يدخل : أن السلم المنفصل لا يدخل فى بيع البيت إلا فى عرف أهل القاهرة لأن بيوتهم طبقات لا ينتفع بها إلا به .

وقال صاحب (توفيق المواد النظامية) مادة ١٧٧ « العادة العامة أو الخاصة تجعل حجة لإثبات حكم شرعى » .

آراء الشافعية فى هذا الموضوع :

اختلف النقل عن الشافعية فى هذا الموضوع .

قال ابن حجر الهيتمى فى الفتاوى الفقهية :

« إن اطراد العرف فى جهة لا يعول عليه بناء على الأصح أن العرف الخاص لا يرفع اللغـــة ، ولا العرف العام ولا يعارضه ومن ثم ضعف الجمهور قول القفال : إن العادة المطردة فى ناحية تنزل منزلة الشرط . قال – أى القفال – فلو عم فى الناس إعتياد إباحة منافع الرهن المرتهن فإن ذلك بمنزلة اشتراط عقد فى عقد فيفسد الرهن فجعل الإصطلاح الخاص بمثابة العادة العامة ، واتفق الجمهور – أى من الشافعية – على ضعف قوله حتى تلميذه القاضى حسين فإنه قال :

ويحكى عن طائفة من أصحابنا أنهم قالوا : « إن كان الموصى بالدابة مصرياً فإطلاق هذا اللفظ يحمل على الحمار لأن عادتهم جارية بركوب الحمير ولا ينصرف إلى غيرها ، هذا فاسد لأنه عادة بلد واحدة لأن المراد ليس خصوص مصر بل جميع إقليمها . فإذا لم يعتبر تخصيصهم الدابة بالحمار إن فرض صدق ذلك منهم وإلا فالذى نقله الأئمة أن عرفهم إطلاق الدابة على الخيل والبغال أيضاً فكذلك لا يعتبر » اهـ .

وهذا الذى ذكره ابن حجر الهيتمى يتبين منه أن جمهور الشافعية على عدم اعتبار العرف الخاص ولو كان مطرداً فلا يرفع اللغة — أى الدلالة اللغوية للفظ — ولا يقوى على معارضة العرف العام — وقد ضعفوا قول القفال المخالف لذلك .

ولكن هل هذا قول عند جمهور الشافعية فى جميع التصرفات أم لا ؟

صرح ابن حجر : أن القول بذلك فى التعليق والإقرار وما عداهما فإن العرف الغالب يؤثر فيه وتنزل العادة الغالبة الشرط ، ثم ذكر عبارة السيوطى فى الأشباه حيث قال :

« قال الرافعى . العادة الغالبة إنما تؤثر فى المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج فيها غالباً ، ولا تؤثر فى التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما ، أما فى التعليق فلقلة وقوعه ، وأما فى الإقرار فلأنه إخبار عن وجوب سابق وربما تقدم الوجوب على العرف » .

ويقول السيوطى :

« العادة المطردة فى ناحية هل تنزل منزلة الشرط ؟ ثم ذكر بعض مسائل البيوع التى ترجع إلى العرف فى بيان أحكامها ، وقال : ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة فى الأصح » .

والذى استظهره السيوطى وصححه هو أن العادة المطردة فى ناحية أو بلد تنزل منزلة العرف العام فيعتبر كذلك فى شأن أهله الذين تعارفوه وذلك إذا اشتهر ولم يضطرب .

---

(١) الفتاوى الفقهية ج ٤ ص ٨٧

وما ذكره ابن حجر الهيتمي والسيوطي عن الرافعي من أن العادة الغالبة – أي العرف الغالب – إنما يؤثر في المعاملات دون التعليق والإقرار، ففيه نظر لأن قوله «العادة الغالبة» ليس المقصود بوصف الغلبة العموم في كل البلاد وإنما الغلبة في الاستعمال سواء كانت العادة عامة أو خاصة في بلد أو أكثر بالمعنى الذي سلف.

كما أن السيوطي نقل هذه العبارة في حديثه عن بيان أثر العرف السابق والمقارن في التصرف. ولم يتعرض للعموم والخصوص، وما فرعه السيوطي يؤيد ذلك قال:

«لو أقر بدراهم مطلقة في بلد دراهمه ناقصة لزمه الناقصة في الأصح، وقيل يلزمه وافية لعرف الشرع، ولا خلاف أنه لو اشترى بألف في هذه البلد لزمه الناقصة لأن البيع معاملة والغالب أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار» اهـ.

وذكر أن هذا قال به الشيخ أبو حامد والماوردي والروياني وغيرهم.

ويرى النووي أن العرف الخاص يؤثر في تصرفات الذين تعارفوه من إقرار وغيره فقال في المجموع(١):

«لا يجوز أن يفتي المفتي في الأيمان والإقرار ونحوهما مما يتصل بالألفاظ إلا أن يكون من أهل بلد اللافظ أو متنزلا منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها» اهـ.

رأي المالكية:

أما المالكية فقد قالوا: باعتبار العرف الغالب أو المطرد بقسميه

---

(١) المجموع شرح المهذب جـ ١ ص ٤٦

العام والخاص وبنوا عليهما كثيراً من الأحكام وتردد ذلك فى كتبهم حيث يقولون فى بعض المسائل : هـذا هو ما عليه العمل العام أو العمل الخاص ، ويعنون بذلك العرف العام والخاص .

وكذلك قالوا بعرف أهل المدينة — وهو عرف خاص — وأثبتوا به كثيراً من الأحكام لأنه اطرد العمل به من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أو الصحابة والتابعين جيلا بعد جيل حتى صار بمنزلة العرف العام .

فأما ما عدا المدينة من البلاد والأمصار فقد اعتبر عرف كل منها فى شأن أهله الذين تعارفوه ولا يعتبر فى حق غيرهم .

وقد قال الصدر الشهيد من الحنفية(١) :

« إن التعامل فى بلد لا يدل على الجواز ما لم يكن الاستمرار عليه من الصدر الأول فيكون ذلك دليلا على تقرير النبى صلى الله عليه وسلم إيام على ذلك فيكون شرعاً منه » اهـ . وإذا اشترط ذلك عند الصدر الشهيد حتى يعتبر العرف الخاص فإن ذلك متحقق فى عرف أهل المدينة فيجب القول باعتباره كما قال المالكية . وقد رجع إليه فى بعض المسائل ، من أئمة الحنفية أبو يوسف ومحمد — رضى الله عنهما — لما التقيا مع الإمام مالك رضى الله عنه .

وزيادة عليه فإن عرف أهل المدينة يجب اعتباره أكثر من اعتبار

---

(١) رسائل ابن عابدين حـ ٢ ص ١٣٠

عرف أهل بخارى وخوارزم وغيرهما الذى قال باعتباره بعض فقهاء الحنفية وذلك نظراً لطبيعة الجو الذى عاش فيه أهل المدينة دون غيرها من البلاد .

وأخيراً فإنه ليس من شرط اعتبار العرف فى بناء الأحكام عليه أن يكون عاما بل يعتبر العرف العام والخاص إذا تحقق فيهما معنى الغلبة والاطراد كل فى محيطه وبين أهله الذين تعارفوه لأن العرف قد يكون عاما ولا يكون غالباً أو مطرداً بالمعنى المتقدم ، ويثبت بالعرف العام الحكم العام ، وبالعرف الخاص الحكم الخاص عند الذين تعارفوه[١] .

٣ — الشرط الثالث : ألا يكون العرف مخالفاً للنص الشرعى من كتاب أو سنة .

تمهيد :

العرف لا يكون معتبراً فى التشريع إذا خالف النص الشرعى ولذا كان من شروط اعتباره فى التشريع ألا يخالف النص الشرعى .

ومعنى عدم مخالفة العرف للنص الشرعى : أن لا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها وإلا فلا اعتبار للعرف ، وذلك كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسامهن مما يجب ستره شرعاً . وغير ذلك ، مما تعارف عليه الناس فى الجاهلية ثم جاءت النصوص الشرعية بتحريمه والنهى عنه فاذا

---

(١) رسائل ابن عابدين ج٢ ص ١٣٠

ما عادوا إليه وتعارفوا عليه فان هذا العرف غير معتبر ويجب طرحه واعتماد الدليل الشرعى لأن الشريعة إلزامية ، ولم تشرع إلا لتنفيذ نصوصها وتحترم ولا يجوز تعطيلها بالتعارف والتعامل وإلا لم يبق للتشريع معنى ولا فائدة ويكون العرف حينئذ ناسخاً الأحكام الشرعية ، وهو العرف الذى حكم عليه بالبطلان وعدم اعتباره لمخالفته للنص الشرعى .. وفى حاشية العلامة الأمير (إنما يحكم العرف فى المعاملات ولا ينسخ سنة) (١) .

وقد يكون العرف غير مبطل للنص او معطلا له . ويمكن تنزيله على النص الشرعى أو التوفيق بينهما فحينئذ يعتبر العرف . والكلام فى ذلك فى موضعين :

الأول : أن يخالف العرف النص الشرعى من كل وجه :

وإذا كان الأمر كذلك فانه يعمل بالنص ولا اعتبار للعرف لأن النص أقوى من العرف ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه سواء كان العرف عاماً أو خاصاً ، لأن الدليل متى صح عن الشارع الحكيم العليم بمصالح الناس فهو حق وحجة قائمة على الناس ، أما العرف فكثيراً منه يتبع الأهواء والشهوات فيقوم على الباطل وقد راجت بين الناس أمور كثيرة ساروا عليها وتعارفوها تبعاً الأهواء بلا نظر لمخالفتها الشريعة أو موافقتها فهذه الأعراف لا اعتبار لها مع وجود النص الشرعى لأنها من صميم ما هو حرام شرعا .

قال الكمال بن الهمام فى معارضة العرف للنص الشرعى(١) :

« إن النص الشرعى أقوى من العرف لأن العرف جاز أن يكون على

---

(١) يراجع المدخل الفقهى العام للزرقا جـ ١ ص ٨٦٤ المجلد الثانى .

باطل كتعارف أهل زماننا فى إخراج الشموع والسرج إلى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل، ولأن حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى، لأن العرف صار حجة بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم: ما رآه المسلمون حسناً فهو حسن » اﻫ .

وقال البابرتى فى العناية :

« النص أقوى من العرف لكونه حجة على من تعارفه ومن لم يتعارفه والعرف ليس حجة إلا على من تعارفوه والأقوى لا يترك بالأوهى » اﻫ .

ويفهم من هذين النصين الأمور الآتية :

أولا : أن العرف يجوز أن يكون على باطل كتعارف الناس شرب الخمر ولعب الميسر والتعامل بالربا والخروج إلى المقابر فى الأعياد والمبيت فيها ، وأما النص بعد وروده فلا يحتمل بحال من الأحوال أن يكون باطلا لأنه الحق الذى لا يأتيه الباطل من بين يديه ولا من خلفه .

ثانياً : أن العرف ليس حجة بذاته بل هو فى حجيته ثابت بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم : مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن اﻫ .

ثالثاً : أن حجية النص عامة لا تختص بزمن دون زمن أو فرد دون فرد أو جماعة دون جماعة لجميع الناس يلزمهم العمل بمقتضاه من تعارفه منهم ومن لم يتعارفه ، أما العرف فلا يكون حجة إلا على الذين تعارفوه ، ولا شك أن الحجة الملزمة للجميع أقوى من الحجة القاصرة على بعض الناس .

رابعاً : لا خلاف فى كون النص هو المصدر الأساسى الذى يعتمد عليه فى معرفة الأحكام الشرعية واستنباطها ، وأنه الأصل فى ذلك وله المرتبة الأولى ولا يلجأ إلى غيره عند وجوده وليس للعرف هذه المرتبة .

وإذا كان العرف بهذا الضعف لهذه الأمور والنص أقوى بلا نزاع فلا خلاف فى رد العرف وتركه إذا كان يلزم من العمل به إبطال النص الشرعى أو تعطيله . وفى ذلك يقول السرخسى : وكل عرف ورد النص بخلافه فهو غير معتبر (١) .

وذلك لأن الإنسان مكلف بالعمل بالنصوص الشرعية وليس لأحد تغيير النص والعمل بخلافه فإذا خالف العرف النص ، أو ورد النص بخلافه فلا يلتفت إليه ، وقد رد السرخسى على من قال : إن ما تحت السرة إلى موضع نبات الشعر ليس بعورة للرجل لتعامل العمال فى الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار ولأن فى نزع الناس عن العادة الظاهرة نوع حرج) فقال : « وهذا بعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه » اهـ(٢) .

وقال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر(٣) :

« وإنما العرف غير معتبر فى المنصوص عليه » ثم ذكر هذه المسألة وعلق عليها قائلا نقلا عن الفتاوى الظهيرية : وهذا ضعيف وبعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر .

---

(١) المبسوط جـ ١٩٦

(٢) المبسوط جـ ١٠ ص ١٤٦

(٣) ص ٤٧

وقال ابن عابدين(١) :

« إذا خالف العرف الدليل الشرعي فإن خالفه من كل وجه بأن لزم ترك النص فلا شك في رده كتعارف الناس كثيراً من المحرمات كالربا وشرب الخمر ولبس الحرير والذهب وغير ذلك مما ورد تحريمه نصاً » .

وقال الشافعية وغيرهم : بما قال به الحنفية في رد العرف المخالف للنص والذي يلزم من العمل به ترك النص الشرعي سواء كان عاماً أو خاصاً .

قال ابن حجر في فتح الباري(٢) :

« إن الشافعية أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعي أو لم يرشد النص الشرعي إلى العرف » . ويستوي في ذلك العام والخاص من الأعراف .

هذا وقد سلف أن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح الناس ولذا فإنها تقر الحسن وتنهى عن القبيح ، والمرجع في تمييز الحسن من القبيح إنما هو أمر الشرع ونهيه ، لأن الشارع يزن الأمور وينظر إلى نتائجها من جميع نواحيها لا من بعض النواحي دون بعض فما نهت عنه الشريعة يجب تركه لأنه يسبب الضرر للانسان وللمجتمع عاجلا أو آجلا ولذا ألغت الشريعة كثيراً من عوائد وأعراف العرب في الجاهلية ، وجاءت النصوص الشرعية بنظام تشريعي خضع له الجميع وتركوا ما تعارفوا عليه استجابة لأمر الله تعالى إذ يقول : وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا (٣) .

---

(١) رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٦

(٢) ج ٩ ص ٤٢٠

(٣) سورة الحشر ٧

والخلاصة : أن العرف إذا خالف النص الشرعي فإنه غير معتبر ، ولو كان عرفاً عاماً حيث ورد النص بخلافه لأن النص ملزم للناس بما يدل عليه . أما حمل العرف في موضع لا نص فيه أو ما جاء من الأحكام المطلقة التي تحتاج في تفصيلها إلى العرف . كما ذكر في الحديث عن وجوب النفقة على الزوج وغير ذلك مما يرجع في تفصيله إلى العرف . أما ما جاءت فيه النصوص آمرة وصريحة في وجوبه فيجب أن يتبع ، وما جاءت النصوص فيه آمرة وصريحة في النهي عنه وإبطاله فيجب تركه ، فإذا تعارف الناس شيئاً منه فلا عبرة لذلك العرف لأنه لا يستند إلى أصول الشريعة بحال من الأحوال ، والتعامل الجاري اليوم بالربا وشرب الخمر وإباحة الإتجار فيها وقضاء المحاكم في المعاملات الربوية في كثير من البلاد الإسلامية ، إنما يستند إلى القوانين الوضعية التي تخضع في كثير منها لرأي واضعيها(١) .

الموضع الثاني : ألا يكون العرف مبطلا للنص الشرعي ويمكن تنزيله على النص أو التوفيق بينهما . والكلام في هذا الموضوع في مسألتين :

١ — أن يخالف العرف النص في بعض وجوهه :

٢ — أن يخالف العرف النص الشرعي المبني على العرف الذي كان وقت التشريع أي عرف طارىء على العرف الذي ورد فيه النص الشرعي.

أما المسألة الأولى وهي :

إذا كان بين العرف والنص معارضة أو مخالفة من بعض الوجوه فلا يصير العرف حينئذ إلا إذا كان عاما أو خاصا قررته السنة أو أقره النص،

(١) يراجع ما تقدم في (سلطان العرف) والمدخل الفقهي العام للزرقا ج١٠ ص٨٣٣ وما بعدها .

وعلى ذلك فيخصص العرف النص إذا كان عاما ويقيده إذا كان مطلقاً وليس فى هذا ترك للنص أو إبطال له بل فيه إعمال لهما بقدر الإمكان فيحمل النص على حالة خاصة ويعمل بالعرف فيما عداهما وإن خالف القياس لأن العرف مقدم على القياس ورعايته أولى .

ومثال ذلك : أن النبى ﷺ نهى عن بيع ماليس عند الإنسان ولا يملكه وجاء فى ذلك قوله ﷺ لحكيم بن حزام لا تبع ماليس عندك . فإن هذا النص عام ومع ذلك قال الفقهاء : بجواز الاستصناع للتعامل الجارى به بين الناس من عهد الصحابة والتابعين وغيرهم من غير نكير مع أن النص يشمله إذ يصدق على الاستصناع أنه بيع ما ليس عند الإنسان فيكون منهياً عنه بالنص ، ولكن لم يلزم منه إبطال النص والقضاء عليه ، بل عمل بالنص والعرف معاً فعمل بالعرف فى الاستصناع وبالنص فيما عداه فلم يترك النص بالعرف كلياً .

وفى ذلك يقول ابن عابدين(١) :

« إن ورد الدليل عاما والعرف خالفه فى بعض أفراده..فإن العرف معتبر إذا كان عاما والعرف العام يصلح مخصصاً ويترك به القياس كما صرحوا به الاستصناع به ودخول الحمام والشرب من السقاء » اهـ .

وقال فى رسالة عقود رسم المفتى(٢) :

« إن العرف العام لا يعتبر إذا لزم منه ترك المنصوص عليه وإنما يعتبر إذا لزم منه تخصيص النص والعرف والخاص لا يعتبر فى الموضعين وإنما يعتبر فى حق أهله فقط إذا لم يلزم منه ترك النص الشرعى ولا تخصيصه » اهـ.

---

(١) رسالة نور العرف (رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص١٢٩) .

(٢) رسالة عقود رسم المفتى جـ ١ ص ٤٨ . ويراجع رسالة العرف والعادة ص ٦٣

وكذلك كان الفقهاء فى لفظ القرابة فى الوصية إذا قال أوصيت لأقارب فإنه يشمل الورثة وغيرهم عرفاً لكن لا يعمل بهذا التعميم فى الوصية لمخالفته لقول النبى ﷺ الوصية لوارث ، وسيأتى مزيد بيان لذلك فى (العرف وتخصيص العام) .

المسألة الثانية : أن يخالف العرف النص الشرعى الذى كان فى وقت التشريع مستنداً إلى العرف ثم طرأ عرف على العرف الذى ورد فيه النص الشرعى ، والشرط كما تقدم ألا يخالف العرف النص الشرعى .

ولكن النص الشرعى إذا كان حين وروده عن الشارع مبنياً على العرف القائم ومعللا به فإن النص حينئذ يدور حكمه مع العرف وجوداً وعدماً .

وقد اختلف الفقهاء مع ذلك فى اعتبار العرف الطارىء المخالف للعرف الذى ورد فيه النص وكونه يصلح مناطاً لحكم النص أم لا . فقال الجمهور : لا يصلح مناطاً للحكم ولا اعتبار له ، وقال أبو يوسف — رحمه الله تعالى — يعتبر العرف الطارىء دون العرف القائم وقت ورود النص لأنه معلل به .

ومثال ذلك أنه :

من المقرر شرعاً أن الأموال التى اعتبرها الشارع من الأنواع الربوية يمتنع فيها بيع مقدار بأكثر منه أو أقل إذا كانا من جنس واحد لأن الفضل حينئذ ربا وهو محرم شرعاً ، فإذا تساوى البدلين فيجوز .

وهذا الحكم قائم على أساس وجوب تساوى البدلين فى الجنس الواحد ، واتفق الفقهاء على أن التساوى يعتبر شرعا بالمقياس العرفى فى كل صنف

فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والسمن وجب تساوى الكميتين فيه بالوزن وما كان كيلياً عرفاً يجب التساوى فيه بالكيل . وإذا تبدل العرف فى معيار شىء فأصبح كيلياً بعد أن كان وزنياً أو أصبح وزنياً بعد أن كان كيلياً وجب اتباع العرف فى ذلك المعيار ووجب تساوى البدلين بحسب المعيار العرفى الجديد .

وقد ورد النص الشرعى بتحريم الربا فى ستة أصناف (هى الذهب والفضة والبر والشعير والتمر والملح) واعتبر التساوى فى الذهب والفضة بالوزن وفى الأصناف الأربعة بالكيل وذلك تبعاً للعرف القائم وقت ورود النص الذى اعتبر العرف فى بيان مقدار التساوى فى هذه الأصناف .

فقد جاء فى حديث عبادة بن الصامت الذى رواه مسلم ، قال :

« سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم ينهى عن بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والتمر بالتمر والبر بالبر والشعير بالشعير والملح بالملح إلا سواء بسواء عيناً بعين فمن زاد أو استزاد فقد أربى » اهـ .

وقد اختلف الفقهاء فى علة تحريم الربا كما اختلفوا فى المعيار الذى يعتبر فى التساوى بين هذه الأصناف ، فهذان مقامان بيانهما كالآتى :

المقام الأول : الاختلاف فى علة تحريم الربا ومذاهب العلماء فى ذلك .

قال المالكية :

العلة فى الذهب والفضة كونهما نقدين تقوم بهما الأشياء فى البيع

والشراء وجميع المبادلات المالية ، والعلة فى البر والشعير والتمر والملح هى كونها مقتاته مدخرة ، وعلى ذلك فإذا تعارف الناس يوماً اقتيات شىء غيرها وادخاره فإنه يحرم فيه الربا ، وكذلك قالوا : إن ما يستعمل فى النقود بدلا من الذهب والفضة فانه يحرم فيه الربا تبعاً للعرف الذى يجرى بذلك لأن العرف عند المالكية مبين للعلة ، فاستعمال غير الذهب والفضة فى الأثمان عرفاً يصبح علة لتحريم الربا فيه شرعاً .

وقال النووى من الشافعية فى باب الربا مبيناً علة التحريم فى الأصناف الستة (١) .

« فأما الذهب والفضة فالعلة عند الشافعى — رضى الله عنه — فيهما كونهما جنس الأثمان غالباً » اهـ .

ورأى الإمام الشافعى — رضى الله عنه — ذلك لأنهما كانا رائجين فى الأثمان وقت ورود النص الشرعى وهى علة قاصرة عنده لا تتعداهما ، إلى غيرهما ولكن النووى - رحمه الله تعالى - ذكر أن غير الذهب والفضة إذا راج رواجهما كما فى عصرنا اليوم فانه يحرم فيهما الربا وبذلك قال بعض الشافعية . . فقال :

« ذكرنا أن علة الربا فى الذهب والفضة عندنا كونهما جنس الأثمان غالباً ، قال أصحابنا وقولنا « غالباً » احتراز عن الفلوس إذا راجت رواج النقود »(٢) ثم قال : (فرع) « إذا راجت الفلوس رواج النقود لم يحرم

---

(١) المجموع للنووى جـ ٢ ص ٣٩٢ وما بعدها .

(٢) المراد بالفلوس ما تعامل به الناس غير الذهب والفضة كالنحاس وغيره كالأوراق النقدية الآن .

الربا فيها هذا هو الصحيح المنصوص وبه قطع المصنف والجمهور وفيه وجه شاذ أنه يحرم حكاه الخراسانيون » اهـ .

وأقول : إن هذا الوجه الشاذ يجب العمل به فى عصرنا اليوم لتحقيق العلة فى أوراق النقد وغيرها مما يتعامل به الناس اليوم ، وهذا يتفق ورأى المالكية السابق .

وكذلك قال الشافعية — رضى الله عنهم — فى بيان علة الأصناف الأربعة غير الذهب والفضة هى كونها مطعمة فطردوا ذلك فى كل مطعوم.

أما الحنفية — رحمهم الله تعالى — فقد قالوا : إن العلة فى الذهب والفضة الوزن مع الجنس وفى الأصناف الأربعة الكيل مع الجنس فلا يتحقق الربا إلا باجتماع الوصفين وهما القدر والجنس .

وقال الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن — رضى الله عنهما — : ماورد بالنص بأنه موزون فهو موزون أبداً وما ورد النص بأنه مكيل فهو مكيل أبداً ولا اعتبار للعرف مع المنصوص عليه . قال الكمال بن الهمام(١) :

« وكل شىء نص رسول الله ﷺ على تحريم التفاضل فيه مكيلا فهو مكيل أبداً وإن ترك الناس الكيل فيه حتى لا يجوز بيعه وزناً وإن تماثلا فى الوزن إلا أن علم أنهما متماثلان فى الكيل أيضاً . وكل ما نص على تحريم التفاضل فيه وزناً فهو موزون أبداً مثل الذهب والفضة لأن النص أقوى من العرف » ثم قال : « ومالم ينص عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهو محمول على عادات الناس فى الأسواق لأن العادة

---

(١) فتح القدير جـ ٦ ص ٢٨٢

دالة على الجواز فيما وقعت عليه لقوله — صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » ومن ذلك دخول الحمام وشرب ماء السقاء لأن العرف بمنزلة الإجماع عند عدم النص وزاد الشافعى — رضى الله عنه — أن ما كان مستخرجا من أصل فهو تبع له كالدقيق اه .

هذه هى آراء الفقهاء فى علة تحريم الربا ، وما ذكر الحنفية أنه علة وهو الوزن فى جنس أو الكيل فى جنس اعتبره الفقهاء من المعيار الدال على التساوى فى البدلين .

المقام الثانى : الاختلاف فى المعيار الشرعى :

قال جمهور الفقهاء وأبو حنيفة — رضى الله عنهم — : إنه يعتبر فى خصوص هذه الأشياء المعيار الشرعى الذى ورد به النص فما ورد أنه مكيل فهو مكيل أبداً وما ورد أنه موزون فهو موزون أبداً ولا عبرة للعرف لأن هذا نص خاص فى المعيار الشرعى فى هذه الأصناف فلا يعتبر العرف إذا خالفه . وقال الإمام أبو يوسف رضى الله عنه :

« إن المعيار الشرعى فى هذه الأشياء يرجع فيه إلى العرف وأنه يتبدل بتبدل العرف لأن النص معلل به . بمعنى أن ما ذكر فى الحديث المتقدم من الذهب والفضة كان التساوى بالوزن فيهما معروف وقت ورود النص ، والأصناف الأربعة الأخرى كان التساوى فيها بالكيل المتعارف وقت ورود النص ، فإذا ما ورد النص بتحريم المفاضلة فى هذه الأصناف فقد قصد المفاضلة فى الوزن أو الكيل حسبما جرى به العرف ، ولو كانت العادة قد جرت بالوزن فيما يكال أو الكيل فيما يوزن لورد النص على وفق العادة ، وعلى ذلك فالعرف هو المنظور إليه والمعول عليه فى بيان المعيار فى الأصناف الربوية فإذا ما تغيرت العادة وتبدل العرف اعتبر فى ذلك بعادة كل جهة فى الكيل والوزن .

هذا هو ما ذكره الإمام أبو يوسف — رضى الله عنه — وليس فيه ترك للنص وإنما أراد تعليل النص بالعرف حيث كان النهى عن التفاضل فيها تبعاً للمعيار فى الوزن والكيل بناء على العرف وقال ابن نجيم فى الأشباه(١):

« وفيما لا نص فيه من الأموال الربوية يعتبر العرف فى كونه كيلياً أو وزنياً وأما المنصوص على كيله أو وزنه فلا اعتبار بالعرف فيه عند أبى حنيفة ومحمد — رحمهما الله — خلافاً لأبى يوسف » اهـ .

وبعد أن ذكر الكمال بن الهمام علة تحريم الربا فى الأصناف الستة وذكر آراء أئمة الحنفية فى المعيار الشرعى. ذكر ما يفيد أنه يميل إلى رأى أبى يوسف — رضى الله عنه — فقال : وعن أبى يوسف — رحمه الله تعالى — أنه يعتبر العرف فى المنصوص عليه أيضاً لأن النص على ذلك لمكان العادة . وكانت هى المنظور إليها وقد تبدلت فتبدل الحكم .

وأجيب : بأن تقريره — صلى الله عليه وسلم — إياهم على ما تعارفوه من ذلك بمنزلة النص منه عليه فلا يتغير بالعرف لأن العرف لا يعارض النص كما ذكرناه آنفاً .

ثم قال : « ولا يخفى أن هذا لا يلزم أبا يوسف لأن قصاراه أنه كنصه على ذلك ، وهو يقول : إنه يصار إلى العرف الطارىء بعد النص بناء على أن تغير العادة يستلزم تغير النص حتى لو كان — صلى الله عليه وسلم — حياً لنص عليه على وزان ما ذكرناه فى سنية التراويح من أنه — صلى الله عليه وسلم — لم يواظب عليها بل فعلها مرة ثم ترك . لكن لما بين عذر

---

(١) الأشباه لابن نجيم ص ٤٦

خشية الافتراض — على معنى لولاه لواظب — حكم بالسنية مع عدم المواظبة — أى منه — صلى الله عليه وسلم — لأنا أمنا من بعده النسخ لحكمنا بالسنية فكذا هذا لو تغيرت تلك العادة التى جاء النص باعتبارها إلى عادة أخرى تغير النص والله أعلم » اه .

وهكذا حاول الكمال بن الهمام ترجيح رأى الإمام أبى يوسف — رحمه الله تعالى — فانه علل النص بالعرف القائم وقت وروده فاذا تغير العرف وطرأ عرف آخر وجب اعتباره حيث يترتب على ذلك الحكمة والمصلحة التى من أجلها شرع الحكم . وهو كما يرى الكمال : من باب الحكم المغيا بغاية ، وهى انتهاء العلة أو تبدلها بأخرى والحكم يتبع علته وجوداً وعدماً . ومثل لذلك بقيام رمضان : فقد ثبت أن النبى — صلى الله عليه وسلم — لم يواظب عليه مع فعله أكثر من مرة ، وعلل ذلك وبين عذره فيه وهو خشية الإفتراض فلما توفى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — وأمن النسخ أو الافتراض . حكم الفقهاء بالسنية مع عدم مواظبته — صلى الله عليه وسلم — وذلك فى عهد عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فقد دخل المسجد فى رمضان فوجد فيه جماعات متعددة يصلون صلاة القيام فلم يعجبه ذلك ، وقال : لو جمعت هؤلاء على إمام واحد ، ثم جمعهم فى الصلاة على أبى بن كعب — رضى الله عنه — فى المسجد ، ونظر إليهم وهم على هذه الحالة فقال : « إنها بدعة ونعمت البدعة » .

فكذا النص المبنى على العرف كالمغيا بغاية وليس فى هذا مخالفة للنص بل تأويل للنص وإعمال له — ورأى أبى يوسف — رحمه الله تعالى — هو الذى رجحه أيضاً البابرتى فى (العناية شرح الهداية) وخرج عليه استقراض الدراهم عدداً وبيع الدقيق وزناً على ماهو المتعارف عند الناس، كما رجحه أيضاً : صاحب الدر المختار وابن عابدين إذ يقول :

« لو تعارف الناس ببيع الدراهم بالدراهم واستقراضها بالعدد كما فى زماننا لايكون مخالفاً للنص فالله تعالى يجزى أبا يوسف عن أهل هذا الزمان خير الجزاء فلقد سد عنهم باباً عظيما من الربا » اه(١) .

وهذا الرأى قال به : بعض أئمة الزيدية وردوا غيره من الآراء .

قال صاحب البحر الزخار (٢) :

« قال الإمام زيد بن على والقاسم والهادى والناصر : والاعتبار بعادة البلدان فى المكيل والموزون إذ ورد تحريم التفاضل فيهما مطلقاً فاعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن كاعتبار نقد البلد فى الأثمان والرطل والمن . وقال المؤيد بالله الآملى ويحيى بن حمزة ورواية عن الشافعى : بل العبرة بعادة المدينة فى المكيل وبمكة فى الموزون لقوله — صلى الله عليه وسلم المكيال مكيال المدينة والميزان ميزان مكة » .

ولا يحتمل سوى ماذكرنا وقال (أبو حنيفة) : بل ما كان مكيلا أو موزوناً فى عهد النبى — صلى الله عليه وسلم — اعتبر الخبر ومالا بالعرف إذ لا نص .

(قلت) : الخبر لا يقتضى بظاهره ما ذكروه ولعله — صلى الله عليه وسلم — أراد أنه يرجع إليهما عند اللبس فإذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما رجع إلى قفيز المدينة وإلى رطل مكة إذ هما منشأ ذلك فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر . (فرع) فان اختلف فى التقدير اعتبر الأغلب فى البلد فإن لم يمكن أغلب خير كتعارض الأمارتين اه .

---

(١) يراجع فتح القدير وبهامشه : العناية ج ٦ ص ٢٨٢ وشرح الدر المختار ج ٢ ص ٢٠٧ ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٨٨

(٢) ج ٣ ص ٣٣٥

هذا ورأى الإمام أبي يوسف — رحمه الله تعالى - أقوى حجة وأقوم محجة وقد وافقه كثير من فقهاء الحنفية وبعض أئمة الزيدية وغيرهم — وهذا الرأى هو الموافق لعرف الناس اليوم فإن التمر والملح والبر والشعير والدقيق وغيرها تباع مكيلة وموزونة وكذلك النقود أصبحت اليوم يتعامل الناس فيها عدداً لا وزناً كما راجت فى غير الذهب والفضة فتأخذ حكمهما ويحرم التفاضل فيها ، وهو ماروى عن بعض الشافعية ومفهوم مذهب المالكية . وهذا الرأى أرفق بالناس وفيه من التيسير ورفع الحرج ما يوافق طبيعة الفقه الإسلامى وروحه وسماحته وهو الذى قال به المتأخرون من الفقهاء.

رأى علماء القانون فى مخالفة العرف لنصوص التشريع

نصت المادة الأولى من القانون المدنى على أن النصوص التشريعية تسرى على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها، ومعنى هذا : أنه يبحث فى القانون أولا عن القاعدة التى تنظم مايعرض من أمور ولا يعدل عنه إلا إذا لم يوجد نص أو قاعدة قانونية ولذا جاء فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى : « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف » اهـ .

وأياً ماكان الأمر فلاخلاف فى القانون المدنى المصرى على تقديم مرتبة التشريع على العرف لأنه هو المصدر الأول من مصادر القانون ولذا تأخرت مرتبة العرف عن التشريع فأصبح العرف لايملك إلغاء التشريع أو مخالفته وعلى العكس من ذلك فالتشريع يملك إلغاء العرف ومخالفته وإلى ذلك تشير المادة الثانية من القانون المدنى فتقول « لايجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق » .

وتقول المذكرة التحضيرية فى هذا الصدد : « إن النص على عدم جواز

نسخ التشريع إلا بمقتضى تشريع آخر يستتبع عدم جواز نسخ النص التشريعى بمقتضى عرف لاحق » اهـ .

ويذكر بعض علماء القانون أن مبدأ عدم مخالفة العرف للتشريع أو إلغائه مطلق بالنسبة لنصوص التشريع الآمرة مايحمى منها المصالح العامة ومايحمى المصالح الخاصة على السواء ولا يقر أصحاب هذا الرأى مايراه بعض علماء القانون من جواز مخالفة العرف لنصوص التشريع الآمرة المقصود منها حماية المصالح الخاصة لأن مثل هذه النصوص لاتقل عن النصوص الآمرة التى تحمى المصالح العامة من حيث الأهمية فى حماية النظام العام ولهذا لايجوز الترخص فى مخالفتها أو إلغائها إلا بنصوص تشريعية آمرة.

ويرى بعض علماء القانون أن العرف له القدرة على إلغاء التشريع ، ويعللون ذلك بأن العرف هو الذى انشأ القواعد القانونية واعترف له المقننون بذلك فلا ينبغى أن ينكر على العرف قوته فى إلغاء التشريع ، وقال بعضهم : إن العرف التجارى يملك مخالفة التشريع ونصوصه الآمرة ولكنه ليس رأيا عاما لعلماء القانون ، فقد قال الدكتور حسن كيره مايلى :

« أما مايراه بعض الفقهاء من جواز مخالفة العرف التجارى خاصة للنصوص التشريعية الآمرة فنقول لايمكن التسليم به على إطلاقه ، إذ لايمكن بحال من الأحوال (والمبدأ هو تقديم مرتبة التشريع على العرف تبرير مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون التجارى الآمرة أيا كان نوع المصالح التى تحميها هذه النصوص إنما كل مايمكن تبريره فى هذا الشأن هو جواز مخالفة العرف التجارى لنصوص القانون المدنى الآمرة إذ الواقع أنه ليس فى هذا إهدار لمبدأ تدرج المصادر الرسمية للقانون أو تغليب العرف على التشريع ، وذلك أن الأمر لايعدو تحديد نطاق تطبيق كل من القانون التجارى والقانون المدنى » اهـ .

ويعلل ذلك بأن القانون المدنى هو الأصل والقانون التجارى هو الفرع فإذا لم يوجد نص فى القانون التجارى يرجع إلى القواعد العادة فى القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة فى المعاملات الخاصة بالأفراد فاذا وجد نص فى القانون التجارى فلا حاجة للقانون المدنى وبذلك لا يقوم تنازع بين العرف التجارى والقانون المدنى لأن العرف التجارى الخاص ثبت له الأولوية فى مجاله التجارى دون النصوص المدنية العامة .

ويجوز للعرف لدى علماء القانون مخالفة النصوص المفسرة أو المكملة دون إلغائها إذ هى نصوص يجوز للأفراد مخالفتها ومن باب أولى يجوز أن ينشأ عرف مخالف لهذه النصوص فى الجماعة ولذلك عنى المشرع فى القانون المدنى بالتنبيه فى بعض النصوص المفسرة أو المكملة إلى أن هذه النصوص لا تسرى إذا وجد عرف مخالف لها . فاستبعد تطبيقها دون إلغائها . ومثال ذلك ماتنص عليه المادتان (٤٥٦ ، ٤٥٧) من أن الثمن يكون مستحق الوفاء فى المكان والوقت الذى يسلم فيه المبيع مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك . وتنص المادة (٤٦٤) من أن نفقات تسلم المبيع على المشترى مالم يوجد عرف أو إتفاق يقضى بغير ذلك . وتنص المادة (٦٥٦) فى صدد عقد المقاولة من أنه يستحق دفع الأجرة عند تسلم العمل إلا إذا قضى العرف أو الإتفاق بغير ذلك .

فى مثل هذه الحالات تطبق القاعدة العرفية إن وجدت رغم وجود قاعدة قانونية ولا تطبق إلا حيث لا يوجد اتفاق أو عرف(١).

---

(١) يراجع فى ذلك أصول القانون السنهورى وأبى ستيت ص ٩٩ ، ٢٠٢ والدكتور حسن كيره أصول القانون ص ٣٧٥ والمدخل للقانون ص ٢٢٠ — ٢٢٢ ، والمذكرة التمهيدية للقانون المدنى .. والوسيط شرح القانون المدنى السنهورى .. فى المادة الأولى والمواد المذكورة وغيرها .

الشرط الرابع: ألا يعارض العرف تصريح بخلافه

لقد سلف: أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وأن الأمر المتعارف ينزل منزلة الشرط باعتبار أن ترك التصريح به إنما هو اعتماد على العرف فإثبات الأمر المتعارف فى هذه الحالة إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف لأن من القواعد الفقهية المقررة «لا عبرة للدلالة فى مقابلة التصريح».

ومثال ذلك ما إذا كان العرف أن تكون نفقات تسلم المبيع على المشترى ثم اتفق العاقدان على أنها على البائع فيعمل بذلك الذى اتفق عليه، وكذلك إذا كان العرف أن يعمل العامل مدة من الزمن (سبع ساعات مثلا) فإذا استأجر رجل من يعمل عنده مدة أقل أو أكثر من المتفق عليها فليس للعامل أن يعمل مدة أقل من المتفق عليها.

وإذا كان العرف يقتضى أن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشترى واتفق العاقدان على أن تكون على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة للعرف مع النص على مخالفته. وكذلك إذا كان العرف عند التجار: أن تباع بعض السلع نقداً واتفق العاقدان على بيعها بالقسط أو إلى أجل فإنه يعمل بذلك الشرط ولا يلتفت إلى العرف، أو يكون العرف فى الزواج تأجيل بعض المهر إلى ما بعد الدخول أو تأجيله واتفق العاقدان على خلاف العرف فإنه يعمل بما اتفق عليه، وقد قال الفقهاء فى ذلك «إن العقد شريعة المتعاقدين».

وقال العز بن عبد السلام فى قواعد الأحكام(١):

(١) جـ ٢ ص ١٨٦

« كل ما يثبت فى العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب يقطع المنفعة لزمه ذلك ، ولو شرط عليه أن يعمل شهراً فى الليل والنهار بحيث لا ينام ليلا ولا نهاراً فالذى أراه بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به فكان ذلك غرواً لا تمس الحاجة إليه » اه .

ويقول الأستاذ على حيدر فى شرح المادة (٣٦) من مجلة الأحكام العدلية :

« إن العرف حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد العاقدين فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلد هكذا » اه .

وعلى ذلك لو تعارف الناس تأجير البيوت للسكنى ثم اتفق العاقدان على تأجيرها للانتفاع بها فى غير ذلك فلا عبرة للعرف مع التصريح بخلافه ، وكذلك الإعارة فإنها إذا كانت مطلقة فإن المستعير يستعمل الشىء المعار فيما يستعمل فيه عرفاً كالمالك تماماً ، أما إذا قيدها المعير فى الزمان والمكان ومقدار العمل فانها تتقيد بما يقيدها به ، ولو كان مخالفاً للعرف إذ لا عبرة له فى مقابلة التصريح والاتفاق على خلافه فلو استعار شخص دابة للركوب أو للحمل عليها فان ذلك يعتبر إذناً بركوبها أو بتحميلها المعتاد فى مثلها عرفاً : لكن لو نهاه المعير عن ركوبها أكثر من مدة معينة أو تحميلها أكثر من قدر معين لم يجز للمستعير أن يزيد على ذلك ولو كان ما زاده لا يتجاوز المعتاد فان زاد كان متعدياً وفى حكم الغاصب وكان ضامناً للدابة إذا تلفت إذ يعتبر متعدياً .

وكذلك لو جرى العرف بأن تأخذ الزوجة نفقة بقدر ربع مرتب الزوج إذا كان موظفاً ثم اتفق الزوجان على أن تكون النفقة أقل أو أكثر من هذا القدر فإنه لا اعتبار للعرف ويجب على الزوج ما اتفق عليه[1].

الشرط الخامس : ان يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف

وذلك بأن يكون العرف سابقاً ومقارناً للتصرف عند إنشائه لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف ويقصد من كلامه ولفظه ما تعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف ليصح الحمل على العرف القائم.

وعلى ذلك فإنه إذا حدث أو طرأ عرف بعد إنشاء التصرف فلا عبرة به ولا يقضى به على من سبق ولا على الذين لم يتعارفوه..

قال السيوطي في الأشباه[2] :

«العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر».

وزاد ابن نجيم على ذلك قوله : ولذا قالوا «لا عبرة بالطارىء».

وعلى ذلك لو ألزمنا الإنسان بما جرى به عرف غير قائم وقت التصرف لألزمناه بما لم يلتزمه ولذا صرح الفقهاء بأن العرف المعتبر هو عرف الزمن والبلد الذي وجد فيه التصرف.

قال ابن نجيم :

«والأحكام تبنى على العرف فيعتبر في كل إقليم وفي عصر عرف أهله» اه.

---

(١) يراجع ما تقدم في معنى اعتبار العرف والعرف والنفقة الواجبة على الزواج.

(٢) ص ٩٢ وابن نجيم ص ٥٠

وقال ابن عابدين في رسالته (عقود رسم المفتى)(١) .

« تجرى الألفاظ والعقود فى كل بلدة على عادة أهلها ويراد منها ذلك المعتاد منها بينهم ويعاملون بما يقتضيه ذلك من صحة وفساد وتحريم وتحليل وغير ذلك لأن المتكلم إنما يتكلم على عرفه وعادته ويقصد ذلك بكلامه وإنما يعامل كل أحد بما أراده » اه .

وقال ابن القيم(٢) :

« فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى على الشريعة وتنسب إليهما ما هى بريئة منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله به » اه .

وذكر الإمام الشاطبى فى الموافقات(٣) :

إن العوائد تختلف باختلاف الأعصار والأمصار والأحوال وغير ذلك من الأمور التى تتغير من زمن إلى زمن وبلد إلى آخر ، ولذا فإنها لا يقضى بها ألبتة على من تقدم حتى يقوم دليل على موافقة العرف الجارى اليوم لما سبقه فيكون الدليل هو الذى جعلنا نقضى به على الماضى لا بمجرد العادة وكذلك فى المستقبل لا يحكم فيه بالعادة الماضية أو العرف السابق لأنها غير مستقرة فى ذاتها وحيث كانت غير مستقرة لا يتأتى الحكم بها إلا على التصرف الحادث وقت قيامها .

ويقول القرافى فى شرح التنقيح(٤) :

---

(١) رسالة عقود رسم المفتى ج ١ ص ٤٨ ؛ رسائل ابن عابدين .

(٢) أعلام الموقعين ج ٣ ص ٦٨

(٣) ج ٢ ص ٢٩٧ ، ٢٩٨

(٤) ص ١٩٤

« القاعدة أن من له عرف أو عادة فى لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه. أما العادات الطارئة بعد النطق فلا يقضى بها على النطق فإن النطق سالم عن معارضتها فيحمل على اللغة : ونظيره إذا وقع عقد البيع فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة فى النقد وما يطرأ بعد ذلك من العادات فى النقود لا عبرة به فى هذا البيع المتقدم ، وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العادة عليها لا تعتبر وإنما يعتبر من العادات ما كان مقارناً لها » اهـ .

وعلى هذا فإنه لا يقال : إن العرف يؤثر فى التصرفات السابقة والمعاملات التى جرت قبل حدوثه لأن فى ذلك إخلال بالاستقرار الواجب للمعاملات التى تجرى بين الناس حيث أن كلا منهم يتصرف ويتعامل وهو مطمئن على تصرفه الموافق لما تعارف عليه الناس وجرى بينهم وأنه إذا تغيرت العادة أو تغير العرف فإن ذلك لن يؤثر على تصرفه الموافق لما تعارف عليه الناس وجرى بينهم وقت قيام التصرف كما لا يؤثر العرف الذى سبق على التصرف ولم يعد قائماً ، ولذا قال الفقهاء لا عبرة بالعرف الذى حدث بعد التصرف ، وهذا هو ما يشير إليه ما تقدم فى تعريف العرف من شرط الاستقرار فى النفوس والاستمرار عليه .

ومن الفروع الفقهية التى إذكرها الفقهاء فى هذا الصدد ما يدخل فى البيع تبعاً وما لا يدخل ، وما يعد عيباً فى المبيع وما لا يعد ، وتعجيل المهر أو تأجيله فى النكاح وغير ذلك من الأمور فإن العرف القائم وقت التصرف هو المحكم دون غيره من السابق له أو اللاحق عليه .

نتيجة الشروط المتقدمة

أن يصبح العرف ملزما

إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة فى العرف أصبح ملزماً ومعتبراً فى التشريع ، وهذا المعنى يشير إليه قول الفقهاء : (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) ، (والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم) ، (والعادة محكمة) فالعرف ملزم إذا كان لفظ الإنسان أو عمله موافق لما جرى به العرف والاستعمال .

وقال الفقهاء : إن كل متكلم أو متصرف بالقول أو بالفعل إنما يحمل تصرفه على عرفه .

وقد قال القرافى فى الفروق :

« إن لفظ الطلاق إنما أزال العصمة بغير الوضع اللغوى بل بالوضع العرفى وهو مجاز عن اللغة لا حقيقة وفائدته أنه إنما يفيد زوال العصمة بالعرف والعوائد ، وإنها مدرك إفادته كذلك لتنقلنا معها كيف تنقلت لأنها المدرك ، وإذا كان الموجب هو الوضع اللغوى وجب الثبوت معه والزام الطلاق به حتى تطرأ عادة ناسخة لاقتضاء ذلك فيكون اللزوم هو الأصل حتى يطرأ الناسخ المبطل . إذا قلنا بها ووجب بالعادة كان الأصل هو عدم اللزوم من قبل اللغة حتى يثبت اللزوم من جهة العرف » اهـ .

والإمام القرافى بذلك يضعنا أمام معنى الإلزام فى العرف حتى يأخذ الصفة التى أعطيت له بمعنى كونه العرف كالشرط أو كالثابت بالنص عليه بين المتعاقدين ، وذلك إذا ما تعارف الناس على اللفظ أو الفعل حتى

يصبح معناه العرفى هو المتبادر ويثبت بذلك اللزوم من جهة العرف حتى تطرأ عادة ناسخة وإلا وجب العمل بمقتضاه .

والناظر فى الفروع الفقهية المبنية على العرف يرى أن العرف الذى يأخذ صفة الإلزام ليس مطلق عرف ، بل هو العرف الذى يتضمن حقاً من الحقوق على وجه الإلزام ، أو ما يترتب عليه إلزام بشىء لفظ الطلاق كما ذكر القرافى — وكذلك إذا جرى العرف بأن على المشترى أن يدفع الثمن بمجرد تسلم المبيع وغير ذلك ، والعرف الملزم هو المعتبر فى التصرفات والمعاملات .

وأما العرف غير الملزم الذى لا يترتب عليه حقاً من الحقوق أو الذى فقد شرطاً من الشروط المتقدمة فلا يصلح مستنداً فى إثبات الحقوق وبناء الأحكام عليه ، كما أن العرف ملزم للذين اتبعوه وتعاملوا به وقد جاءت عبارات الفقهاء صريحة فى ذلك .

قال القرافى فى الفروق(١) :

« إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأجره عليه واقتد به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح » .

ويقول النووى فى مقدمة المجموع(٢) :

« لا يجوز للمفتى أن يفتى فى الأيمان والإقرار ونحوهما مما يتعلق

---

(١) جـ ١ ص ١٧٦ ، ١٧٧ (٢) أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٦٨

بالألفاظ إلا أن يكون من أهل بلد اللافظ أو متنزلا منزلتهم فى الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم » .

ويقول ابن القيم(١) :

« فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه، فتجنى على الشريعة وتنسب إليها ما هى بريئة منه وتلزم الحالف والناذر والعاقد مالم يلزمه الله ورسوله به » .

هذا وغيره مما ذكره الفقهاء فيما تقدم يتبين منه معنى الإلزام ومداه ومن الفروع المخرجة على ذلك ما ذكره ابن فرحون فى التبصرة من أن الإمام مالكا - رضى الله عنه - قال : بأنه يلزم الزوج بنفقة العرس إذا كان العرف قد جرى بذلك ولا يلزمه شىء منه إذا لم يجر به عرف . قال ابن فرحون : قال ابن القاسم رضى الله عنه :

« سألنا مالكا عن تزوج امرأة فأصدقها صداقاً فطلبت منه نفقة العرس هل ذلك عليه أم لا ؟ قال : ما أرى ذلك عليه وما هو بصداق ولا شىء ثابت ولا هو لها إن مات ولا نصفه إن طلق فرد عليه وقيل له : يا أبا عبدالله : إنه شىء أجروه بينهم وهى سنتهم فقال : إن كان ذلك شأنهم فأرى أن يفرض عليهم ... قال ابن القاسم ، وإن تشاحوا فيه لم يكن لهم ذلك إلا أن يشترطوه » اه .

ولما تحاكم الغزالون إلى شريح القاضى - كما سلف - وقالوا له : إن سنتنا بيننا كذا وكذا قال : سنتكم بينكم - أى سنتكم هى القاضية بينكم(٢).

---

(١) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٦٦

(٢) فتح البارى ج ٤ ص ٣٢١ وعمدة القارى جـ ٢ ص ١٦

هذا والذى جعل العرف يأخذ هذه الصفة — أى صفة الإلزام — فوق ماذكر : أن العرف كما مر فى معنى اعتباره فى التشريع : لاتغنى عنه نصوص الأحكام المطلقة والتى ترك التفصيل فيها للعرف مثل وجوب النفقة وغيرها . وكذلك فإن العرف تولده الحاجات المتجددة المتطورة فى علاقات الناس ومعاملاتهم التى تجرى بينهم ولا بد منها ليستطيعوا مواجهة امور الحياة(١) .

شروط العرف عند علماء القانون :

إن العرف عند علماء القانون الوضعى مصدر من مصادر القانون ولهذا لابد من تحقق الشروط التى ذكروها فيه لكى يأخذ هذه الصفة وتكون له هذه المنزلة، والشروط التى ذكرها علماء القانون بينها وبين الشروط التى ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية إتفاق إلى حد كبير .

وهذه هى الشروط التى ذكروها على سبيل الإجمال :

« أولا » يجب أن يكون العرف عاما وليس المقصود أن يكون شاملا فقد يكون خاصاً بإقليم معين أو طائفة من الناس .

« ثانياً » أن يكون العرف قديماً فيتواتر العمل به مدة طويلة وتحديد تلك المدة مسألة موضوعية .

« ثالثاً » أن يكون ثابتاً فيطرد اتباعه بطريقة منظمة غير متغيرة ولا منقطعة وهذه كذلك مسألة موضوعية .

« رابعاً » أن لا يكون مخالفاً للنظام أو الآداب .

(١) يراجع ماتقدم فى سلطان العرف فى المجتمع ومعنى اعتبار العرف .

ويرى بعض الكاتبين فى أصول القانون : أن هذا الشرط لا يصدق إلا فى حق الأعراف المحلية والمهنية حيث أن هذا العرف قد يتصادم مع ما استقر فى الجماعة من قواعد تتعلق بالنظام العام والآداب . . أما العرف العام أو الشامل فلا يتأتى القول باشتراط هذا الشرط فيه لأنه باعتباره متكوناً فى الجماعة كلها يسهم إلى حد كبير فى تحديد مضمون النظام العام والآداب فى الجماعة .

« خامساً » أن يكون العرف ملزماً : وهذا هو الشرط الهام فى نظر علماء القانون لأنه كما ذكروا : أن مقتضى الإلزام فى العرف أن يقوم فى ذهن الناس — وجوب اتباع ماجروا عليه معتقدين أن مخالفته يترتب عليها جزاء قانونى كما يقوم القاضى بتطبيقه لأنه قاعدة قانونية ملزمة .

ولذلك يقول علماء القانون : إنه يمكن رد هذه الشروط إلى ركنين يبرز فيهما أهميته شرط الإلزام .

١ — ركن مادى يتكون من صفات العموم والقدم والثبات .

٢ — ركن معنوى وهو الإلزام .

وقالوا : إن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة الجماعة وأساس ذلك هو رضى الجماعة به وسيرهم عليه مع توافر عقيدة الإلزام التى تكشف عن رغبة الجماعة فى جعله قانوناً . ويرى بعضهم أن العرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع ، وهذا لا يتعارض مع الرأى الأول ، لأن المشرع ليس إلا أداة الجماعة فى التعبير عن القواعد القانونية التى ترتضيها تلك الجماعة ، فالعرف يستمد قوته الملزمة من إرادة المشرع وإرادة المشرع تستمد قوتها من إرادة الجماعة والمشرع يقف من العرف موقفين : أحدهما : أن يصرح بالعمل به وحينئذ فإنه يجب العمل بالعرف ويصبح ملزماً ، وإذا لم يصرح بالعمل به ، وتركه فلم يصرح بالغائه فهذا تصريح ضمنى بإقراره ، لأن

المشرع يستطيع إلغاء العرف إذا اصدر قاعدة قانونية مخالفة لما جرى عليه العرف .

ويرى بعض علماء القانون : ان العرف يستمد قوته الملزمة من كونه ضرورة لتنظيم المجتمع حين لا يوجد تشريع أو يكون التشريع ناقصاً ، ويرى البعض أن هذا لا يجعله ملزماً . وكذلك فإن العرف تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار فى المعاملات التى جرى الناس فيها على تطبيق ما تعارفوا عليه واتبعوه زمناً طويلا باعتباره ملزماً .

ويقول الدكتور حسن كيره :

« نستطيع القول : بأن العرف لا تقوم قوته الملزمة على أساس أن المشرع أو الدولة ترضى عنه فتقره بذلك ضمنياً ، وإنما على أساس أن له قوة ملزمة ذاتية تفرض نفسها على المشرع أو الدولة فالعرف إذن لا يكون ملزماً لأن الدولة تطبقه بل الواقع أن الدولة إنما تطبقه لأنه ملزمة بذاته »(١) .

وإذا كان يوجد بعض الإتفاق بين الشروط التى ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية مع الشروط التى ذكرها علماء القانون إلى حد كبير إلا أن علماء القانون جعلوه مصدراً تشريعياً يستلزم لكى يكون كذلك أن تجتمع فيه الشروط المذكورة .

أما فقهاء الشريعة الإسلامية فقد اعتبروا العرف فى بناء الأحكام إذا تحققت فيه الشروط المذكورة مع تبعيته الأصول التى يرجع إليها وعلى العموم فهو علة ومناط للحكم عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية ، كما سيأتى (أول الباب الرابع) .

---

(١) فى ذلك أصول القانون السنهورى وأبى ستيت ص ٨٧ ومابعدها . وأصول القانون الدكتور حسن كيره ص ١٠٣ ، ١٠٤ والمدخل القانون له أيضاً ص ٢١٧ ويراجع ماتقدم فى الفرق بين العرف والعادة عند علماء القانون .

الباب الرابع

فى مدى اعتبار العرف فى التشريع

ويشمل الآتى :

(١) العرف ومصادر التشريع .

(٢) العرف وأقسام التشريع .

(٣) العرف الذى تحمل عليه الألفاظ .

(٤) العرف وتخصيص العام .

(٥) العرف وتقييد المطلق .

(٦) العرف والإجماع .

(٧) العرف والقياس .

(٨) العرف والاستحسان .

(٩) العرف والمصلحة .

(١٠) العرف والاستصحاب .

(١١) العرف وسد الذرائع .

تمهيد

لقد تقدم الكلام عن معنى اعتبار العرف فى التشريع الإسلامى وأدلته وشروط اعتباره ، وقد تبين أن الشريعة الإسلامية اعتبرت العرف وبنت عليه كثيراً من الأحكام حيث قامت الأدلة من الكتاب والسنة والإجماع على اعتباره — كما تقدم — فما مدى هذا الاعتبار . . ذلك ما سأحاول الإجابة عنه فى هذا الباب . والله الموفق .

***

أولا — العرف ومصادر التشريع

وهل العرف مصدر من مصادر التشريع ؟

إن مصادر التشريع الإسلامى الأصلية هى الكتاب الكريم والسنة المطهرة والإجماع والقياس . وقد اتفق الفقهاء عليها إذا ما استثنينا نفاة القياس ، كما ذكر الفقهاء الأدلة الأخرى التى لم يتفق عليها ومنها (العرف) وبعضهم لم يذكره فى هذه الأدلة — وإن اتفق الجميع على اعتباره فى التشريع ، وبعض الفقهاء الذين تحدثوا عن العرف قالوا : إنه دليل حيث لا دليل . فهل معنى ذلك أنه دليل شرعى كبقية الأدلة ؟

الحقيقة فى ذلك تتضح بالنظر فى الفروع المبنية على العرف — وكثير منها فى ثنايا هذه الرسالة — حيث يتبين : أنه دليل للمدعى أو المدعى عليه حيث لا دليل للدعوى شرعاً كالبينة والإقرار على صدق الدعوى أو عدم صدقها ، وكذلك يبين العرف المراد من تصرفات الشخص القولية والعملية وبيان الحقوق الواجبة ، وغيرها مما يترتب على التصرف ،

والحقوق الواجبة على الإنسان لزوجته وأولاده وأقاربه وغيرهم سواء كانت لفرد أو جماعة ، وكذلك ما جاء من الأحكام المطلقة فى الشريعة ، فإنه يرجع فى تفصيله وبيانه إلى العرف كما ذكر فى النفقة الواجبة على الزوج لزوجته . وغير ذلك ، فيما تقدم .

وكذلك ذكر الفقهاء : أن دلالة العرف ترجع إلى الكتاب والسنة والإجماع فدلالته ليست ذاتية حتى يكون دليلا مستقلا فى بيان ما ذكر .

ومثال ذلك : أنه وجبت النفقة بالكتاب والسنة وترك بيان مقدارها لما يجرى به العرف فأفاد ذلك اعتبار العرف فى تقدير النفقة ، وكذلك اعتباره فيما جاء مطلقاً من الأحكام . وقد حكى القرافى وابن العربى الإجماع على ذلك ، كما تقدم .

وإذا ما رأينا بعض الفقهاء يقولون : إن أدلة الأحكام منها العوائد كما ذكر القرافى فى شرح التنقيح ، حيث قال : «إن أدلة الفقه تسعة عشر» وعد منها العوائد ، وذكر مثله ابن العربى حيث قال : « إن العادة دليل أصولى يبنى عليه الأحكام » . فإن فروع الفقه المالكى ، يتضح للناظر فيها أن المالكية مع شدة اعتبارهم للعرف قد اعتبروه فى الأمور التى لم ينص عليها وجاءت أحكامها مطلقة فى الشريعة . أما أنه دليل ينشىء الأحكام أصلا ويكون مصدراً من مصادر الأحكام الشرعية فهذا لم يقل به أحد من الفقهاء . فبناء الأحكام على العرف غير إنشائها به . ولعل هذا ما يشير إليه الزركشى بقوله : « ومن زعم أن الأحكام وقعت على العادات نغلط بل هى مستأنفة »[1] اه . وكذلك تقدم فى شروط اعتبار العرف «ألا يخالف النص الشرعى » لأنه إذا خالفه فلا اعتبار له وكذلك من شرطه ألا يأتى من العاقدين اتفاق أو تصريح بخلافه ، فلو كان دليلا لكان أقوى من الاتفاق الشخصى على مخالفته ويجب اتباعه .

---

(١) البحر المحيط مخطوط جـ ١ ك ٢٢

وأما قول الفقهاء : (العادة محكمة) أى أنها تحكم عند النزاع فيما لم تقم عليه بينة وتكون هى الكاشفة عن الحكم ، وقولهم : (إن الثابت بالعرف كالثابت بالنص) فمعناه أن ما أجمله النص وبينه العرف فهو كالثابت بالنص وفى هذا المعنى جاءت عبارة ابن عابدين : (الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى) . وهذا هو ما أشارت إليه المادة (٤٥) من مجلة الأحكام العدلية : (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص) ، وذكر ابن عابدين: أن قولهم (الثابت بالعرف كالثابت بالنص) أى ما تعارف عليه الناس ولم ينص عليه فى العقد فكأنه منصوص عليه فيه . وقد قالوا (المعروف كالمشروط)[1] .

وعلى هذا فالعرف من حيث هو عرف سواء أكان عرفاً عاماً أم عرفاً خاصاً لا يصلح أن يكون دليلا شرعياً . ولذا فقول الفقهاء : أن العرف حجة فى إثبات الحكم الشرعى أو دليل على إثباته حيث لا دليل ، يكون مراداً به العرف الذى اصطلح عليه الفقهاء واعتبروه أمارة كاشفة عن المصلحة التى دعت الناس إلى التعامل بما تعارفوه وحملتهم على التمسك به وكان ذلك سبباً فى شيوعه وانتشاره ، وهذه المصلحة إذا كانت حقيقية لا تتعارض مع أصول الشريعة ومقاصدها العامة فإنها تعد حينئذ من المصالح المرسلة التى تناط بها الأحكام ، وأما إذا لم تكن مصلحة حقيقية وعارضت أصول الشريعة ومقاصدها العامة فإنها تكون وهمية ملغاة لا أثر لها ولا اعتداد بها وحينئذ فالعرف الراجع إليها غير معتبر لأنه عرف فاسد[2] .

---

(١) رسائل ابن عابدين ج ١ ص ٤٨ ، رسالة عقود رسم المفتى ويراجع العرف العملى فيما تقدم .

(٢) يراجع (العرف والمصلحة فيما يأتى) .

والعرف بعد ذلك بين المصادر والأدلة التى يستنبط منها الأحكام لا يعتبر دليلا وإنما هو بجانب الأدلة الشرعية أمارة كاشفة عن المصلحة مبيناً لعلة الحكم الذى لابد منه فى الواقع والحوادث التى تتغير فى كل زمان ومكان، وبهذه الصفة يكون للعرف أثره فى استنباط الحكم من الأدلة الشرعية كما يكون له أثره فى التطبيق.

١ — أما بالنظر إلى الاستنباط، فإن النص قد يتوقف فى أخذ الحكم منه على العرف والعادة كما تبين فى الأمثلة المذكورة فى (معنى اعتبار العرف وأدلته)، حيث إن للعرف أثراً كبيراً فى التعامل الجارى بين الناس، ولهذا قال الفقهاء: إن من الشروط التى يجب توافرها فى المجتهد والقاضى والمفتى فى الحوادث أن يكون عالماً بأعراف الناس وعاداتهم وكذلك فإن العرف قد يخصص العام ويقيد المطلق ويقضى على القياس — كما سيأتى.

٢ — وأما بالنظر إلى التطبيق: فإن الشريعة جاءت بأحكام وقواعد كلية فى فقه المعاملات وكثير من أحكامها الجزئية متوقف فى تطبيقه على ما يجرى به العرف. كما أنه يكون دليلا للقاضى فيسوغ له أن يقضى والمفتى أن يفتى ويكون قرينة على شهادة الشاهد فى الوقائع وكذلك يرجح قول من كانت دعواه موافقة للعرف والعادة[1].

ولا يمكن أن يقال: إن الشارع قد اعتبر بعض الأعراف التى كانت موجودة قبل الإسلام عند العرب وبنى عليها الأحكام فيكون هذا دليلا على أن العرف دليل ومصدر من المصادر الفقهية، لأن ما أقره الشارع من الأعراف أعطاها أحكاماً مناسبة لها ولم يؤخذ الحكم من نفس العرف

---

(١) يراجع العرف والفتوى والقضاء فيما يأتى.

وإن كان العرف علة ومناطاً ، فإن ما أقرته الشريعة من الأعراف فى زمن النبى ﷺ يجعله من السنة .

وزيادة على ذلك فإن المرجع أولا وأخيراً هو الوحى وأن النبى ﷺ لا يخفى أنه كان يحكم بالوحى ، وإن ثبت أنه راعى العرف أو حكم بناء عليه فمستنده الحقيقى هو الوحى لأنه — صلى الله عليه وسلم — لا ينطق عن الهوى ، وقد ألغى الشارع كثيراً من الأعراف الفاسدة والعادات السيئة التى لا تتفق مع الشريعة الإسلامية ولم يجعل لها اعتباراً لأنها ناشئة عن الهوى والشهوة .

وإذا أخذنا من هذا أنه يجب اعتبار الصالح من الأعراف دون سواه فلا نأخذ منه أن العرف يعتبر مصدراً شرعياً يستنبط منه الأحكام الشرعية وإن كان له أثره فى استنباط الأحكام من الأدلة الشرعية ، وتطبيقها(١) .

---

(١) يراجع فى ذلك كتب الأصول فى المباحث الخاصة بالأدلة الشرعية ، والعرف والمصلحة والرسالة للامام الشافعى فى حديثه عن السنة ، وإعلام الموقعين وشرح التنقيح للقرافى مع حاشية الشيخ محمد الطاهر بن عاشور ج ١ ص ١٧٨ . وأحكام القرآن لابن العربى ج ١ ص ٢٠٣ ، وكتاب « مالك » و « أبو حنيفة » للشيخ محمد أبو زهرة ، ورسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ٨١ ، ٨٢ . ومصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ومحاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء للشيخ على الخفيف ص ٢٥٥ .

ثانياً — العرف وأقسام التشريع

لقد جاءت الشريعة بأحكام تتعلق بالعبادات وأحكام المعاملات والعقوبات، فهل للعرف اعتباره وأثره بالمعنى الذى تقدم فى هذه الأحكام عموماً أم يدخل فى قسم بيان ذلك فيما يأتى :

أولاً - تشريع العبادات :

هذا القسم لا مجال فيه للعقل أو الرأى لأن المكلف مأمور أن يتبع فى ذلك ما جاءت به الشريعة إجمالا وتفصيلا ، لأن المقصود بذلك هو الانقياد والإمتثال لأوامر الله تعالى ، دون الالتفات إلى المعانى ، فما على المسلم بعد تشريع العبادات إلا التعبد لله تعالى بما أمر أن نتعبده به ، ولا يستطيع أحد أن يغير أو يبدل فى هذا القسم أو يزيد أو ينقص لأنه لا يعبد الله إلا بما شرع .

يقول الإمام الشاطبي فى الموافقات(١) :

« الأصل فى العبادات بالنسبة إلى المكلف التعبد دون الالتفات إلى المعانى . . وإنما فهمنا من حكمة التعبد العامة الانقياد لأوامر الله وإفراده بالخضوع والتعظيم لجلاله والتوجه إليه . . . وعلمنا قطعاً أن المقصود الشرعى الأول التعبد لله بذلك المحدود وأن غيره غير مقصود . . . وأنه لو كان المقصود التوسعة فى وجوه التعبد بما حد وما لم يحد لنصب الشارع عليه دليلا واضحاً كما نصب فى التوسعة فى وجوه العادات أدلة لا يوقف

(١) جـ ٢ ص ٣٠١

معها على المنصوص عليه دون ما شابهه وقاربه وجامعه فى المعنى المفهوم من الأصل المنصوص عليه ولكان ذلك يتسع فى أبواب العبادات ، ولم نجد ذلك كذلك ، بل على خلافه . دل على أن المقصود الوقوف عند ذلك المحدود إلا أن يتبين بنص أو إجماع معنى مراد فى بعض الصور فلا لوم على من اتبعه لكن ذلك قليل فليس بأصل، وإنما الأصل ما عم فى الباب وغلب فى الموضع » اهـ.

وإذا كان الأمر كذلك فى العبادات فلابد من الوقوف عند ما جاء به الشارع فى هذا القسم ، وقد كان الإمام مالك — رضى الله عنه — يشترط فى رفع الحدث (النية والماء المطلق) لا مجرد النظافة وإن حصلت بغير ذلك ، وفى الصلاة امتنع من إقامة غير التكبير مقامه والتسليم كذلك، ومنع من إخراج القيم فى الزكاة سيراً مع مبدأ (الأصل فى العبادات التعبد دون الالتفات إلى المعانى) .

وإذا ثبت بنص أو إجماع معنى مراداً فى بعض صور العبادات فذلك قليل وليس بغالب على هذا القسم ، وقد قال الفقهاء : « العبرة بالغالب الشائع لا بالقليل النادر » كما نراه فى حديثهم عن المشقة فى السفر وقصر الصلاة والجمع بين الصلاتين وما أشبه ذلك من رخص العبادات .

ويقول ابن تيمية(١) :

كان أحمد — رضى الله عنه — وغيره من الفقهاء وأهل الحديث يقولون : إن الأصل فى العبادات التوقيف فلا يشرع فيها إلا ما شرعه الله تعالى ، وإلا لدخلنا فى معنى قوله تعالى « أم لهم شركاء شرعوا لهم من الدين مالم يأذن به الله » اهـ.

وذلك لأن العبادات حق لله تعالى ، ولا يمكن معرفة حقه عز وجل كماً وكيفاً ومكاناً وزماناً إلا بوحى منه سبحانه وتعالى وقد بين الرسول —

---

(١) القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية ص ١٠٥ وما بعدها .

صلى الله عليه وسلم — ذلك فلا مناص من التزام ما بينه الشارع واتباع ما جاء به . وعلى ذلك فإنه لا أثر للعرف فى تشريع العبادات على سبيل الإجمال[1] .

ثانياً — تشريع المعاملات :

وهذا القسم يتعلق بالتصرفات التى تتم بين الناس بعضهم وبعض فى كافة الشئون الدنيوية أفراداً وجماعات والأصل فى هذا النوع الالتفات المعانى ومراعاة جلب المصالح للمكلفين ودفع المفاسد عنهم فتدور أحكام المعاملات مع ما ذكر وجوداً وعدماً .

وذكر الإمام الشاطبى — رضى الله عنه — أن الفقهاء قالوا : (الأصل فى العادات الالتفات إلى المعانى) وذلك لأمور :

الأول : الاستقراء فإنا قد وجدنا الشارع قاصداً لمصالح العباد والأحكام العادية تدور معها حيثما دارت فترى الشىء الواحد يمنع فى حال لا تكون فيه مصلحة فإذا كان فيه مصلحة جاز كالدرهم بالدرهم إلى أجل يمتنع فى المبايعة ، ويجوز فى القرض ، وبيع الرطب باليابس يمتنع حيث يكون مجرد غرر وربا من غير مصلحة ويجوز إذا كان فيه مصلحة راجحة ، ولم نجد هذا مفهوماً فى باب العبادات كما فهمناه فى العادات .

الثانى : أن الشارع توسع فى بيان العلل والحكم فى تشريع العادات وأكثر ما علل بالمناسب (الذى إذا عرض على العقول تلقته بالقبول) ففهمنا من ذلك أن الشارع قصد فيها اتباع المعانى لا الوقوف مع النصوص

---

(١) يراجع فى العرف وقواعد الفقه مجال قاعدة العرف فيما يأتى.

بخلاف العبادات فإن المفهوم فيه خلاف ذلك ، وقد توسع فى هذا القسم مالك — رحمه الله تعالى — حتى قال فيه بقاعدة المصالح المرسلة . وقال فيه بالاستحسان ونقل عنه - أى الاستحسان — تسعة أعشار العلم .

الثالث : إن الالتفات إلى المعانى قد يكون معلوماً فى الفترات التى خلت من الرسل واعتمد عليه العقلاء حتى جرت بذلك مصالحهم فدل هذا على أن المشروعات فى هذا الباب جاءت متممة لجريان التفاصيل فى العادات على أصولها المعهودات ، ومن ههنا أقرت الشريعة جملة من الأحكام التى جرت فى الجاهلية كالدية والقسامة .. والقراض وأشباه ذلك مما كان عند أهل الجاهلية محموداً وما كان من محاسن العادات ومكارم الأخلاق التى تقبلها العقول وهى كثيرة اهـ .

هذا وقد جاء فى القرآن الكريم والسنة المطهرة بياناً للعلل والحكم فيما شرعه الله تعالى من الأحكام فى باب المعاملات ، فيقول سبحانه وتعالى (ولكم فى القصاص حياة) ويقول تعالى : (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم) .

ويقول ابن العربى فى معنى هذه الآية : هذه الآية من قواعد المعاملات وأسس المعاوضات التى تبنى عليها . وهى أربعة هذه الآية . وقوله تعالى « وأحل الله البيع وحرم الربا » وأحاديث الغرر واعتبار المقاصد فى الشريعة [1] اهـ .

ومن ذلك أيضاً قوله تعالى : « إنما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم

(١) الموافقات ج ٢ ٢٩٠ وما بعدها .

منتهون » وقال تعالى : « فلما قضى زيد منها وطراً زوجنا كها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج أدعيائهم » . ويقول رسول الله — صلى الله عليه وسلم « لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم » . وغير ذلك من النصوص .

وهذه النصوص تشير إلى اعتبار المصالح للعباد وأن الإذن فيها يدور معها أينما دارت فيما شرع من أحكام المعاملات فيؤخذ منها أن الشارع اتبع فيها المعانى كما ذكر الفقهاء بخلاف العبادات ، وإذا ما وجد التعبد فى أحكام المعاملات فهو خلاف الغالب فيها ، كعدد الأشهر فى عدة الطلاق والوفاة(١) . ومقادير الحدود والأنصبة فى الزكاة ، فهذه الأحكام قليلة فى المعاملات بالنسبة لغيرها من أحكام المعاملات ومع ذلك يمكن تعليلها .

وقد جاءت الشريعة الإسلامية فى ذلك بالقواعد العامة وتركت التفصيل فيها وأشارت إلى المقاصد الكلية من التشريع ولم تعن بالجزئيات والتفصيل فيها وأشارت إلى أن هذا عمل أهل الاجتهاد والاستنباط حسبما تقتضيه الوقائع المتجددة المتغيرة تبعاً للعرف والمصلحة ولذا كانت النصوص الواردة فى بيان أحكام المعاملات قليلة بالنسبة لغيرها .

وهذا الإجمال اقتضته طبيعة الشريعة الإسلامية ومناسبتها لكل زمان ومكان ومالها من الخلود والدوام ، ولذا فإنه لا مندوحة عنه فى التشريع المتعلق بالمعاملات بمعناها العام الشامل لجميع العلاقات والارتباطات

---

(١) قد يقال : اعتبار عدة الأشهر فى الطلاق . لأن غالب النساء أن يحضن فى الشهر مرة واحدة والله تعالى يقول : « ثلاثة قروء » فاعتبرت الأشهر بالإقراء ، وأما تحديد عدة الوفاة فلا يظهر فيها معنى التعبد إلا فى غير المدخول بها ، أما المدخول بها فيحتمل أن يكون ذلك لأن الجنين لا يتم خلقه ولا يتحرك فى بطن أمه إلا إذا مضت هذه المدة .

والتصرفات بين الناس فى جميع شئونهم الدنيوية التى لا بد منها لتحقيق مصالحهم التى تقصد منها .

ومثال ذلك : أن ما جاء فى العقود جاء مجملا واشترط فيه التراضى وترك ما يدل على التراضى فيها للعرف ولم يشترط لفظاً معيناً ولا فعلا معيناً يدل على التراضى وطيب النفس ، وإنما الذى يعلم من عادات الناس فى أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون ذلك بطرق متعددة تعارفوا عليها من الأقوال والأفعال ؛ فقد جاء فى عقد النكاح قوله تعالى . « فانكحوا ماطاب لكم من النساء» ؛ وقال تعالى : «وأنكحوا الأيامى منكم الصالحين» وفى عقد البيع وتحريم الربا قال تعالى : « وأحل الله البيع وحرم الربا » وقال تعالى :« ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم» وفى الرضاع والإجارة قال تعالى : « فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن » وفى الدين قال تعالى : « يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » إلى قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فليس عليكم جناح ألا تكتبوها وأشهدوا إذا تبايعتم ولا يضار كاتب ولا شهيد وإن تفعلوا فإنه فسوق بكم واتقوا الله ويعلمكم الله والله بكل شىء عليم » اﻫ . ثم قال الله تعالى فى الرهن : « وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كاتباً فرهان مقبوضة» إلى غير ذلك من النصوص التى تحدثت عن العقود : إما أمراً وإما إباحة وإما نهياً .

هذا وقد ترك التفصيل فى إنشائها والتصرف فيها إلى العرف سواء بالقول أو الفعل لأن هذه العقود لم يحد الشارع لها حداً لا فى الكتاب ولا السنة ولا نقل عن أحد من الصحابة والتابعين أن عين لها صفة معينة من الالفاظ أو غيرها أو قال إنها لا تنعقد إلا بصيغة خاصة كما ترك أمر

مقدار الصداق فى الزواج إلى العرف وحال الزوج والزوجة والكفاءة بينهما فإن الحكم فى ذلك هو العرف .

وفى البيوع ما يدخل فى عقد البيع تبعاً ومالا يدخل فالمعول عليه هو العرف والقاعدة فى ذلك . أن كل ما جرى عليه العرف بأنه من مشتملات المبيع فإنه يدخل تبعاً بدون ذكره والنص عليه فى العقد ، فكل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً يدخل فى البيع وإن لم يتعرض العاقدان لذكره ، ومالم يجر العرف بدخوله فى الشىء المبيع لايدخل فى البيع إلا إذا كان متصلا به لا ينفصل عنه أو متصلا به اتصال قرار والمعتبر فى كل بلد وزمن عرف أهله وما جرى به تعاملهم .

وقد ذكر القرافى فى الفروق عند بيان قاعدة ما يتبع العقد عرفاً وقاعدة ما لايتبعه جملة من العقود التى تتأثر بالعرف ومقدار أثره فى الصيغ التى تنعقد بها هذه العقود وما تدل عليه ألفاظها ، وذكر أن عقد الشركة يحمل على المناصفة إذا كان مطلقاً ، فإنه فى بيع الأرض تدخل الأشجار والبناء وفى بيع الدور تدخل الأبواب والسلالم وما هو من مصالحها ومرافقها ثم قال بعد أن ذكر هذه المسائل وغيرها(١) :

وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العادات لجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التى سردتها مبنية على العرف ، غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركه العرف والعادة ، فإذا تغيرت أو بطلت ، بطلت هذه الفتاوى ، وحرمت

---

(١) يراجع الفروق جـ ٣ ص ٢٨٣ — ٢٨٨

الفتوى بها لعدم مدركها فتأمل ذلك بل تتبع الفتاوى هذه العادات كيف تقلبت كما تتبع النقود فى كل عصر وحين » اهـ.

وذلك لأن النصوص متناهية والوقائع غير متناهية وتقع بين الناس كل يوم وفى كل مكان ولم يرد فى كل حادثة نص لأن ذلك لا يمكن ولا يتصور أن يأتى فى كل حادثة نص فكان لا بد من الاجتهاد بصدد كل حادثة من الحوادث التى تختلف باختلاف الأزمنه والأشخاص والأحوال فى المعاملات التى تقع بين الناس فيعطى لكل حادثة حكم مناسب لها يراعى فيه تحقيق المصلحة التى اعتبرها الشارع كما يراعى المقاصد والقواعد العامة فى الشريعة الإسلامية . ومراعاة العرف واعتبار ما يجرى بين الناس من معاملات وتصرفات وارتباطات وعلاقات قامت بينهم فى شئونهم المدنية والاجتماعية والمجتهد والمفتى مطالب بمراعاة ذلك حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة أو إجماع على مثل هذه الحادثة(١) .

قال إمام الحرمين فى « البرهان » عن النصوص من القرآن والسنة وهو يتحدث عن القياس : « إنها محصورة مقصورة ومواضع الإجماع معدودة مأثورة فما ينقل منها تواتراً قليل ولم يبق إلا الآحاد ، وهى على الجملة متناهية ونحن نعلم قطعاً أن الوقائع التى يتوقع وقوعها لا نهاية لها ، والرأى المثبوت المقطوع به عندنا أنه لا تخلو واقعة عن حكم الله تعالى يتلق من قاعدة الشرع ، فالأصل الذى يسترسل على جميع الوقائع القياس وما يتعلق به من وجوب النظر فهو أحق الأصول بالاعتبار » اهـ .

ويقول الشهرستانى فى الملل والنحل(٢) :

---

(١) يراجع ما تقدم فى أول الباب الثالث .
(٢) ج ٢ ص ٣٧

« نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ونعلم قطعاً أيضاً . أنه لم يرد فى كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى ، علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد ثم لا يجوز أن يكون الاجتهاد مرسلا خارجاً عن ضبط الشرع فإن القياس المرسل شرع آخر وإثبات حكم من غير مستند وضع آخر والشارع هو الواضع للأحكام فيجب على المجتهد أن لا يعدو فى اجتهاده عن هذه الأركان» اه .

ولما جاءت النصوص الشرعية مجملة حثت الشريعة الإسلامية على الفهم والاجتهاد واستنباط الأحكام الجزئية من نصوص الشريعة وقواعدها العامة لتحقق مقاصد الشريعة من التشريع بلا جور ولا حيف ولا ضرر أو فساد فى ظل التشريع الإسلامى . ويقول عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فى رسالته إلى أبى موسى الأشعرى فى أمور القضاء :

« الفهم الفهم فيما تلجلج فى صدرك مما ليس فى كتاب ولا سنة ثم اعرف الأشباه والأمثال وقس الأمور عند ذلك واعمد إلى أقربها إلى الله وأشبهها بالحق فيما ترى » اه .

ومن ذلك الذى ذكر تبين مدى اعتبار العرف فى تشريع المعاملات إجمالا وذلك فى نطاق ما تركه الشارع للمكلف فى ميادين الأعمال المدنية والالتزامات دون ما تولى الشارع بنفسه تحديده وبيانه وإلزام المكلف به بصورة خاصة ، وبعبارة أخرى فالعرف له اعتباره ومداه فى الأحكام التى جاءت مطلقة فى الشريعة وفى تشريع الإباحة دون تشريع الإلزام ،

وإلا لغيرت الأعراف أسس الشريعة وعطلت نصوصها . فالنصوص التشريعية الخاصة الملزمة الآمرة هي المعتبرة ولو صادمها العرف عاماً أو خاصاً فلا اعتبار له ولو اتفق عليه الناس جميعاً(١) .

ثالثاً — تشريع العقوبات :

إن تشريع العقوبات في الإسلام منه ما هو منصوص أو مجمع عليه — وهو الحدود المقدرة شرعاً — ومنه ما هو مفوض لاجتهاد الحاكم وله فيه أن يعاقب بما يراه رادعا . والعقوبات المقدرة شرعاً هي عقوبة القتل والزنا والقذف والسرقة والحرابة وشرب المسكر والقصاص فيما دون النفس .

وليس في الشريعة الإسلامية ما عين له عقوبة مقدرة غير هذه الجرائم ، والمتبادر أن الحكمة اقتضت الاكتفاء بتحديد عقوبات هذه الجرائم على اعتبار أنها الجرائم الرئيسية التي تؤذي المجتمع وتنتهك حرمته وتقلق أمنه أكثر من غيرها ، ولذا كانت عناية الشريعة الإسلامية بهذه الجرائم عناية شديدة لخطورتها وعظم أثرها في المجتمع أفراداً وجماعات لأنها متصلة اتصالا وثيقاً بالمقاصد الضرورية التي تهدف الشريعة الإسلامية إلى حفظها وصيانتها وحرمت الاعتداء عليها وهي :

حفظ الدين والنفس والنسل والمال والعقل وزاد بعض الفقهاء سادساً وهو العرض .

١ — فلحفظ الدين ومنع الاعتداء عليه شرع عقوبة قتل المرتد وجهاد الكافرين .

---

(١) يراجع ما تقدم في المقدمة ص ٧ وما بعدها ، وما ذكر أول الباب الثالث .

٢ — ولحفظ النفس ومنع الاعتداء عليها شرع عقوبة القصاص في القتل العمد والاعتداء على مادون النفس شرع له عقوبة القصاص فيما دون النفس .

٣ — ولحفظ النسل شرع العقوبة والحد في الزنا بالجلد لغير المحصن والرجم للمحصن .

٤ — ولحفظ المال من الاعتداء عليه بالسرقة شرع عقوبة السرقة .

٥ — ولحفظ العقل من إتلافه شرع عقوبة الخمر والمسكرات .

٦ — ولحفظ العرض شرع عقوبة القذف وهي ثمانون جلدة .

٧ — ولعناية الشريعة الإسلامية بالأمن والنظام وعدم الإخلال بها شرعت عقـــوبة الحرابة أو الخارجين على المجتمع والقانون ، وقد حافظت الشريعة على هذه الضروريات لأن تكاليفها ترجع إلى حفظ مقاصدها في الخلق وهذه المقاصد ثلاثة أقسام (ضرورية . حاجية . تحسينية) وأن الضروريات وحفظها هي المقصود والأهم من ذلك .

وهذه الأحكام الجزئية التي نص عليها التشريع الإسلامي كفيلة بحفظ المجتمع البشري من التدهور والإنحلال وكفيلة بردع النفوس الباغية وزجرها ، حتى لا يستشري شر الجرائم في المجتمع فيحدث الفوضى والاضطراب وتتعطل بسببها المصالح العامة وفي ذلك هدم لكيان المجتمع الإسلامي وتعريضه للخطر والانهيار الذي لابد منه إذا لم يكن هناك رادع عن ارتكاب الجريمة أو التفكير فيها .

وهذا العقوبات المنصوص عليها لا مجال للاجتهاد والرأي فيها ولا تختلف أحكامها باختلاف الأزمان والأماكن والأشخاص

ولا باختلاف العادات والأعراف، فهي ثابتة أبداً لأن النصوص التي جاءت بها آمرة ملزمة (وكان لابد من الإشارة إليها كمقدمة لما يأتي).

أما العقوبات غير المقدرة شرعاً فهي «التعزير» وللعرف فيه أثر كبير.

والتعزير قد أخذه الفقهاء من قوله — صلى الله عليه وسلم — من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وهذا أضعف الإيمان (١).

والتعزير شرعاً (العقوبة التأديبية التي يفرضها الحاكم على جناية أو معصية لم يعين الشرع لها عقوبة محددة) اهـ.

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام: التعزير تأديب وإصلاح وزجر على ذنوب لم تشرع فيها حدود ولا كفارات.

وقال الماوردي في الأحكام السلطانية. وكذا أبو يعلى — رضي الله عنهما (٢):

«التعزير تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ويختلف حكمه باختلاف حاله وحال فاعله، وهو تأديب استصلاح وزجر يختلف بحسب اختلاف الذنب».

فالشارع أوجب التعزير ثم ترك تقدير الأمر فيه إلى الحاكم وولي

---

(١) رواه مسلم والإمام أحمد في مسنده وأبو يعلى في مسنده.

(٢) التبصرة لابن فرحون جـ ٢ ص ٢٠٩ والأحكام السلطانية للماوردي ص ٢٠٥ والأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٢٦٣

الأمر ويكون على القاضى تحديد الذنب أو الجناية وبيان العقوبة لأن الجرائم تختلف فى الضرر ، وقد يصل الأمر بالحاكم فى التعزير إلى درجة القتل فى بعض الجرائم الخطرة إذا كانت من الجرائم التى تهدد أمن الأمة وسلامتها .

والتعزير يكون فى الجرائم التى حددت لها عقوبات ولكنها لم تتوافر فيها شروط العقوبة كالشهود الأربعة فى الزنا والقذف ، أو عند وجود الشبهات أو الاقتصار على الشروع فى حالة القتل كما يكون التعزير على ترك واجب مثل منع الزكاة وعدم المواظبة على الصلاة أو إهمالها وترك قضاء الديون القادر على أدائها ، وأداء الأمانات مثل الودائع وما تحت أيدى الوكلاء وما أشبه ذلك والامتناع من رد المغصوب والمظالم مع القدرة على أداء ذلك كله إلى أربابه فإنه يعاقب عليه حتى يؤدى ما وجب عليه وكذلك الامتناع عما وجب على الإنسان فعله إذا تعين عليه .

وكما يكون التعزير على فعل محرم أو ترك واجب يكون على ترك سنة هي شعيرة من شعائر الإسلام أو فعل مكروه .

وعقوبة التعزير تختلف باختلاف الجريمة وبحسب حال المجرم فى نفسه وكذلك حال من ارتكبت الجريمة فى حقه . قال ابن القيم رحمه الله تعالى : اتفق العلماء على أن التعزير مشروع فى كل معصية ليس فيها حد بحسب الجانى فى العظم والصغر وبحسب الجانى الشر وعدمه .

وقال القرافى : إن التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار فرب تعزير فى بلد يكون إكراماً فى بلد آخر كقلع الطيلسان لغير تعزير

فى الشام فإنه إكرام وكشف الرأس عند الأندلسيين ليس هواناً وبالعراق ومصر هوان)(١) .

والتعزير يكون بالفعل وبالقول، وفى دليل ثبوت أصل التعزير بالفعل والقول ما ورد فى سنن أبى داود : أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال .لا يجلد أحد فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله تعالى . وما رواه أبو داود عن أبى هريرة — رضى الله عنه ـ أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ أتى برجل قد شرب فقال ـ صلى الله عليه وسلم ـ اضربوه . قال أبو هريرة . فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه . وفى رواية بإسناده (ثم قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ لأصحابه بكتوه فأقبلوا عليه يقولون : ما اتقيت الله ماخشيت الله أو استحييت من رسول الله)(٢) اهـ .

والتعزير بالفعل لا يكون بالجلد أو الضرب فقط وإنما يكون بالضرب والحبس وأى شىء آخر يراه الحاكم كالنفى ومصادرة الأموال ، وذلك بحسب الجرائم والأشخاص والأحوال .

قال ابن فرحون فى التبصرة :

والتعزير لا يختص بالسوط واليد والحبس وإنما ذلك موكول إلى اجتهاد الحاكم قال الأستاذ أبو بكر الطرطوشى فى أخبار الخلفاء المتقدمين (إنهم كانوا يعاملون الرجل على قدره وقدر جنايته فمنهم من يضرب ومنهم من يحبس ومنهم من يقام واقفاً على قدميه فى المحافل ومنهم من تنزع عمامته ومنهم من يحل إزاره) اهـ .

---

(١) الفروق جـ ٤ ص ١٨٣ .

(٢) تبصرة الحكام جـ ٢ ص ٢١٠ .

هذا وقد اختلف الفقهاء فى مقدار التعزير وهل للحاكم أن يزيد فيه مطلقاً أم إلى حد معين :

١ — قال الإمام الشافعى وأحمد — رضى الله عنهما — أنه لا يبلغ التعزير فى المعصية قدر الحد فيها فلا يبلغ التعزير على السرقة من غير حرز حد الحرابة ولا على الشتم بدون قذف حد القذف .

٢ — قال الإمام مالك : يجوز الزيادة عن الحد المقرر لجنس الجريمة .

٣ - التعزير متروك لاجتهاد الحاكم .

وقد استدل الإمام الشافعى — رضى الله عنه بقوله — صلى الله عليه وسلم — لا يجلد أحداً فوق عشرة أسواط إلا فى حد من حدود الله . فلم يزد فى العقوبات على العشرة ولكن الظاهر من مذهب الإمام الشافعى أن أكثره تسعة وثلاثون سوطاً ، وهذا قول أبى حنيفة — رحمه الله — وقال أبو يوسف — رضى الله عنه — أكثره خمسة وسبعون سوطاً . وقال أبو عبد الله الزبيرى من الشافعية : « تعزير كل ذنب مستنبط من حده المشروع فيه وأعلاه خمسة وسبعون سوطاً يقصر به عن الحد القذف بخمسة أسواط » .

وقال المالكية : إن للإمام أن يزيد فى التعزير فوق الحد لما روى أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — ضرب الذى زور خاتم بيت المال مائة سوط . وذكر ابن القيم : أن عمر — رضى الله عنه — ضربه ثلاثمائة سوط فى ثلاثة أيام .

وذكر القرافى : أن صاحب القضية (معن بن زياد) زور كتاباً على عمر — رضى الله عنه — ونقش خاتمه فجلده مائة فشفع فيه قوم فقال عمر:

أذكرتموني الطعن وكنت ناسياً فجلده مائة ثم جلده بعد ذلك مائة أخرى . ولم يخالفه أحد فكان إجماعاً) اه .

وقال المازرى من المالكية : ضرب عمر — رضى الله عنه — « ضبيعاً » أكثر من الحد ، والمالكية تأولوا الحديث الذى استدل به أحمد و الشافعى بأنه مقصور على زمنه — صلى الله عليه وسلم — لأنه كان يكفى الجانى منهم هذا القدر ، ومشهور المذهب أن يزاد على الحد ، وقال أشهب — رحمه الله تعالى — المشهور أن يزاد على الحد .

واستدلال المالكية بما فعله عمر — رضى الله عنه — وبالإجماع وتأولهم الحديث الذى استدل به الإمام الشافعى وأحمد — رضى الله عنهما — يتبين منه أثر اختلاف الزمن والناس فى عقوبة التعزير ففى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — حيث غلب على الناس الصلاح وأن من تحدث منه جناية تستوجب التعزير كان يكفيه هذا القدر ، كما يتبين من ذلك الذى روى عن عمر — رضى الله عنه — أنه قد فهم من أصل مشروعية التعزير . أن الشارع أوجب تغيير المنكر وأن تغييره يكون بما يردع فاعله نظراً لطبيعة الشخص والجريمة التى ارتكبها ويكون فيه زجراً لغيره عن ارتكاب الجرائم .

أما المذهب الثالث : فقال أصحابه — أن التعزير لا يختص بالضرب وحده بل يكون بالضرب والحبس وغير ذلك وهو موكول إلى اجتهاد الحاكم فما يراه كافياً فى التعزير عزر به ، وهذا المذهب قريب من مذهب المالكية وهو قول لأبى يوسف — رحمه الله تعالى .

وكما يكون التعزير بالضرب يكون بالحبس وبالأموال وبالثلاثة معاً .

ففى الحبس أول من أنشأ داراً للسجن هو عمر بن الخطاب — رضى الله

عنه — لسجن مرتكبي الجرائم . وقد قال الفقهاء : يحبس الذين ارتكبوا الجرائم على حسب ذنوبهم وهفواتهم . وقال أبو عبد الله الزبيرى من الشافعية : يقدر بشهر للاستبراء والكشف وبستة أشهر للتأديب والتقويم ثم يعدل بمن دون ذلك إلى النفى والإبعاد إذا تعددت ذنوبه إلى اجتذاب غيره واستضراره بها . واختلف فى الأبعاد والنفى ، فقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — يقدر بما دون الحول ولو بيوم لأن الحول هو التعزير فى الزنا فلا يبلغ به الحول إلا فى الزنا .

وقال المالكية : أنه يجوز أن يزاد فيه على الحول ، كما قالوا فى الضرب إذا ما رأى الإمام أن ذلك من أسباب الزجر بحسب حال الجانى والعرف والبيئة التى ارتكبت فيها الجناية .

وبناء على هذا قال المالكية : أنه يجوز للحاكم أن يعزر بالقتل ، وأفتوا بجواز قتل المسلم إذا كان يتجسس للعدو وإليه ذهب بعض الحنابلة ، وأما الداعية إلى بث الخلاف والفرقة بين الناس فإنه يستتاب فإن لم يتب قتل . وقال به بعض الشافعية .

وقال الحنفية : يقتل من لا يزول فساده إلا بالقتل .

هذا والرأى القائل بأنه يزاد فى التعزير على قدر عظم الجرم وصغره يتفق وطبيعة الفقه الإسلامى فى مسايرته لتطور الزمن وتغير العرف وأحوال الناس ، وكذلك ما قاله المالكية ومن وافقهم فى الجاسوس والداعية إلى بث الخلاف والفرقة فى جماعة المسلمين ، إذا كان لا يزول فساده إلا بالقتل وهو ما قال به الحنفية .

وأما التعزير بالمال :

فقد قال بجوازه المالكية والحنابلة ، وأحد قولى الإمام الشافعى — رضى الله عنه — وهو ما ذهب إليه أبو يوسف — رحمه الله تعالى — استناداً إلى أن النبى — صلى الله عليه وسلم — عزر بحرمان النصيب المستحق من السلب على من أساء إلى نائبه ، وكذا أمر النبى — صلى الله عليه وسلم — بتحريق متاع الذى غل من الغنيمة وأمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لابس خاتم الذهب بطرحه فطرحه فلم يعرض له أحد . وأمر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بحرق بيت سويد اليهودى لما اجتمع فيه مع المنافقين للتآمر على المسلمين وأمر بهدم مسجد الضرار .

وقد أخبر النبى — صلى الله عليه وسلم — عن تعزير مانع الزكاة بأخذ شطر ماله ، فقد روى الإمام أحمد والنسائى وأبو داود — رضى الله عنهم — فى شأن الزكاة قوله — صلى الله عليه وسلم « من أعطاها مؤتجراً فله أجرها ، ومن أبى فإنا آخذوها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا لا يحل لآل محمد — صلى الله عليه وسلم — منها شىء » .

وقد عزر عمر وعلى — رضى الله عنهما — بحرق المكان الذى يباع فيه الخمر ، وحرق عمر — رضى الله عنه — قصر سعد بن أبى وقاص — رضى الله عنه — لما احتجب فيه عن الرعية .

وذكر ابن القيم (فى الطرق الحكيمة) وعلاء الدين الطرابلسى (فى معين الحكام) « أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — صادر عماله فأخذ شطر أموالهم التى اكتسبوها بجاه العمل واختلط ما يختصون به بذلك فجعل أموالهم بينهم وبين المسلمين شطرين » اهـ .

وعمر بن الخطاب — رضى الله عنه — بهذا يعتبر أول من وضع قانون الكسب غير المشروع (ومن أين لك هذا) وطبقه . وقد كان — رضى الله عنه — يختار عماله اختياراً دقيقاً ثم لا يمنعه ذلك من محاسبتهم على أعمارهم وما يتعلق بها سواء أكان صغيراً أو كبيراً فإذا ماتبين له أن أحداً منهم استغل عمله لمصلحة شخصية أو لكسب غير مشروع أو لمحاباة أحد فى الحق والعدالة أو ظهرت عليه آثار النعمة وأمارات الثراء التى لا تتناسب مع حاله قبل توليه العمل ولا يتفق مع ما يتقاضاه من أجر نظير عمله حاسبه حساباً دقيقاً وسأله عن كل ما يملك من أين آتاه أو جاء به فإذا ما ظهر له منه استغلال لم يتوان عن مصادرة ماله وعقابه ثم رد ماله إلى بيت مال المسلمين وحرمه منه جزاء وفاقاً .

ونقل ابن القيم عن ابن رشد المالكى « فى الطرق الحكمية » :

« أن لصاحب الحسبة الحكم على من غش فى أسواق المسلمين فى خبز أو عسل أو غير ذلك من السلع بما ذكره أهل العلم فى ذلك ، فقد قال مالك — رضى الله عنه — فى المدونة : أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — كان يطرح اللبن المغشوش فى الأرض أدباً لصاحبه ، وكره ذلك فى رواية ابن القاسم ورأى أن يتصدق به إذا كان هو الذى غشه ومنع ذلك فى رواية أشهب » .

وقال مطرف وابن الماجشون من المالكية فيمن غش أو نقص من الوزن يعاقب بالضرب والحبس والإخراج من السوق ، وماغش من الخبز واللبن أو غش من المسك والزعفران فلا يفرق ولا ينهب ، وقد أفتى ابن القطان : بحرق الثياب الرديئة النسج وأفتى ابن عتاب بتقطيعها والتصدق بها خرقاً .

هذا بعض ما ذكره فقهاء الشريعة الإسلامية فى عقوبة التعزير وما جاء فى الجرائم التى لم يحد لها حداً فى الشريعة الإسلامية ، والتعزير يكون بما يردع الإنسان حتى لا يعود لارتكاب الجريمة كما يكون زجراً لغيره من الناس . والتعزير يختلف من شخص لآخر ومن زمن إلى زمن بحسب حال الشخص وعظم الجرم أو صغره ، وقد عزر رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بالهجرة والضرب والقول كما عزر بالحبس ومصادرة الأموال ، والصلب وكذلك فعل الصحابة — رضى الله عنهم — وقد نظروا إلى الظروف والأحوال التى ارتكبت فيها الجريمة وما جرى به العرف فى ذلك . فكان لكل جريمة عقابها حسبما تقتضيه الظروف والأحوال كما سار على هذا الفقهاء والأئمة بعد الصحابة حيث ترك الأمر للاجتهاد فى كل ما من شأنه أن يدفع الضرر ويحقق الأمن والمصلحة من غير تقييد فى ذلك إلا بما تقتضيه مشورة أهل الرأى والنظر فى الشريعة الإسلامية .

وكذلك يجب مراعاة العرف فيما يعد زجراً رادعاً وتأديباً وتهذيباً للنفوس فمن كان يصلح له الكلام عزر به ومن كان يصلح له الضرب أو الحبس عزر بما يليق به ويكون رادعاً .

قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير نقلا عن السرخسى :

« إنه ليس فى التعزير شىء مقرر بل مفوض إلى رأى القاضى لأن المقصود منه الزجر وأحوال الناس مختلفة فيهم فمنهم من ينزجر بالنصيحة ومنهم من يحتاج إلى اللطمة والضرب ومنهم من يحتاج إلى الحبس » .

وفى فتح باب التعزير ومنح السلطة الأولى الأمر فى فرض عقوبات

ووضع أحكام للجرائم التى لم يعينها الشارع وتفويضها لأمر الحاكم دون التقيد بشيء سوى رعاية المصلحة والتأديب والزجر مع مراعاة الجريمة، وحال الجانى وما يحيط بها من ظروف وملابسات، خير رد على الذين يظنون بالفقه الإسلامى الجمود وعجزه عن مسايرة التطور الذى يحدث فى المجتمعات البشرية.

فالشريعة الإسلامية - كما تقدم - بمرونتها وشمولها تساير كل تطور تمر به الأمم والشعوب على اختلاف أجناسها وتفاوتها فى الحضارة والتقدم لأنها هى الشريعة الخالدة الصالحة للتطبيق فى كل زمان ومكان الكاملة فلا يلحقها نقص ولذا جعلها الله خاتمة الشرائع السماوية لتحكم فى شئون الناس إلى يوم القيامة ولو أننا طبقنا أحكامها لقلت الجرائم وقل المجرمون الذين لم يصلح فى ردعهم كل تشريع ليس من عند الله.

هذا وإن الحدود والعقوبات المنصوص عليها لا تكون إلا قسما يسيراً من أى قانون جنائى يوضع على أسس شرعية لأن الشرع يهدف إلى دوام هذه الأحكام المنصوص عليها ولذا فهى مستمرة دائمة لا تتبدل ولا تتغير لأنها تكون القسم التشريعى الذى تحددت فيه الضمانات الأساسية للفرد والمجتمع فى الضروريات التى أمرت الشريعة بحفظها وهذه الضروريات لا تختلف أبداً فكذلك أحكامها لا تختلف أبداً.

وكل اعتداءات أو جرائم غيرها لم ينص عليها إنما يحكمها ما يشرعه الفقهاء لها من أحكام تسير وفق مقاصد الشريعة وقواعدها العامة، وهذا التشريع الجنائى الإسلامى المقدر عقوبته بالنص أو الإجماع وما ترك الأمر فيه للاجتهاد أصل من أصول العدل فى التشريع الإسلامى بجانب غيره من التشريعات التى تحدد نظام المجتمع وتحمى مصالحه وتسد حاجاته

وكلها تهدف إلى رفع إنسانية الفرد والجماعة والسير بهما نحو المثل العليا[1] .

ثالثاً — العرف الذى تحمل عليه الألفاظ

العرف : (لغوى ، وشرعى ، واستعمالى) وقد علم ذلك مما تقدم ، كما أنه ينقسم إلى عام وخاص ، والآن ماهو العرف الذى تحمل عليه الألفاظ؟

لفظ المتكلم محمول على عرفه :

قال القرافى : (إن من له عرف وعادة إنما يحمل لفظه على عرفه) اهـ .

وذلك لأن العبارات تختلف باختلاف المتكلم والمخاطب فإن كان المتكلم هو الشرع فإنه يحمل لفظه على عرفه وعلى العادة الشرعية ، وإن كان المتكلم من أهل اللغة حمل لفظه على عرفه وإن كان من أهل العرف حمل لفظه على عرفه . وتفصيل ذلك كما يلى :

١ — إذا كان المتكلم باللفظ هو الشارع فإنه يحمل على الحقيقة الشرعية إن كان للشارع حقيقة وأمكن الحمل عليها وكثر استعمالها حتى تسبق العرفى واللغوى مالم يصرف عنها صارف لأن عرف الشرع يصرف إلى المعانى الشرعية ، لأن النبى — صلى الله عليه وسلم — بعث لبيان الأحكام الشرعية وإن لم يكن للفظ مسمى شرعى ، أو كان ولم يمكن الحمل عليها فهل يحمل على العرفى الذى علم اطراده فى زمن النبى ﷺ ؟

---

(١) يراجع فى ذلك سوى ماتقدم فتح القدير جـ ٥ ص ١١٢ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٢٦ ، ٢٤٥ ومعين الحكام ص ١١٠ ودور الحكام جـ ٢ باب التعزير وشرح الدر المختار للحصكفى جـ ٢ ص ٤٦ ورسالة الحسبة لإبن تيمية ، وفقه القرآن والسنة للشيخ محمود شلتوت ص ٩٧ — ١٠١ .

قال بعض الفقهاء يحمل عليه لأن الظاهر من حال الخطاب أن يكون مما يتبادر إلى أذهان المخاطبين وقال البعض : لا يحمل عليه ، ويبقى اللفظ على عمومه إن كان عاماً والرأى الأول هو الذى يتفق وطبيعة الشريعة التى سلف أن تبين أنها راعت العرف وجعلت له اعتباراً(١) .

وقال الشافعية : إن لم يكن اللفظ مسمى شرعى فإنه يقدم اللغوى ثم العرفى .

وقال غيرهم : إن لم يكن للفظ مسمى شرعى يحمل على العرفى ثم اللغوى لتعينه فيه حيث لا مسمى له شرعى ولا عرفى .

وإذا كان اللفظ معنى شرعى ومعنى عرفى ولم يمكن الحمل على أحدهما فإنه يحمل على اللغوى ، وإذا كان للفظ حقائق ثلاث (شرعية ولغوية وعرفية) ولم تسبق الشرعية أو اللغوية على العرف ففيه خلاف فى الحمل على واحدة منها ، وقال بعض الأصوليين إنه يكون مشتركا لا يترجح إلا بقرينة .

٢ — إذا كان المتكلم من أهل اللغة فإنه يحمل كلامه على عرفه إذا لم يصرف عنه صارف وإلا حمل على ذلك الصارف .

٣ — وإذا كان المتكلم من أهل العرف فإنه يحمل كلامه على عرفه وألفاظ الناس فى تصرفاتهم تحمل على أعرافهم وعوائدهم ما لم تخالف عرف الشارع وتكون الأعراف الجارية بين الناس هى المقصود لهم من ألفاظهم بحسب الظروف والأحوال ، واختلاف الأماكن والأزمان

---

(١) يراجع العرف بين الحقيقة والمجاز فيما تقدم والعرف وتخصيص العام فيما يأتى .

المتبادر إلى الذهن . قال الإمام الشاطبي رضى الله عنه في الموافقات :

« ومن العادات ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتنصرف العبارة عن معنى عبارة إلى معنى عبارة أخرى بالنسبة إلى الأمة الواحدة كاختلاف العادات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع الجمهور بالنسبة للاستعمال في بعض المعاني حتى صار ذلك إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما وقد كان يفهم منه قبل ذلك شيء آخر . . والحكم يتنزل على ما هو معتاد بالنسبة إلى من اعتقاده دون من لم يعتقده وهذا المعنى يجرى كثيراً في الأيمان والعقود والطلاق كناية » اهـ .

فإذا كانت الأحكام تتنزل على ما اعتاده المتكلم ولا يلزم بها من لم يعتده لأنه لم يرد منه إلا ماتعارف عليه فإن ألفاظ الناس لا تؤثر في عرف الشارع وخطابه إياهم لأنه لا يحمل على عرف الناس إذا كان مخالفاً لخطاب الشارع .

قال الإمام الغزالي في المستصفى :

« وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر في تعريف مرادهم من ألفاظهم حتى أن الجالس على المائدة يطلب الماء يفهم منه العذب البارد لكن لا تؤثر في خطاب الشارع إياهم » اهـ .

ونخلص من ذلك إلى أن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه فإن كان المتكلم هو الشرع حمل لفظه على عرفه وألفاظ الناس تحمل على عرفهم وعاداتهم ما لم تخالف عرفاً شرعياً فإن خالفته قدم على عرف الاستعمال لأن الحقائق الشرعية ثابتة لا تتغير ولا تتبدل .

وقد سلف في « العرف بين الحقيقة والمجاز » الكلام عن تعارض العرف مع الشرع وتعارض مع اللغة ، بما لا داعي لذكره هنا .

٤ — إن ألفاظ التصرفات الشرعية التي تصدر من المكلف تحمل على الماهية الشرعية الصحيحة دون الفاسدة لأن العرف الفاسد غير معتبر في التشريع وبناء الأحكام، وذلك كالبيوع والإجارة وجميع العقود والالتزامات والإقرارات ولا يحمل اللفظ على غير الصحيح المقصود منه إلا إذا كان متأولاً للفظ وكان اللفظ يحتمل ذلك الذي تأوله قبل تأويله في الفتوى لأن المفتي أسير المستفتي، ولا يقبل في الحكم لأن الحكم يتبع الظواهر والحجج الشرعية، وإن لم يحتمل اللفظ التأويل لم يقبل في الفتوى ولو ادعى أنه يقصد باللفظ معنى جديداً لم يقبل قوله على الأصح، وأما قول الفقهاء إنه يجب اتباع عرف المتكلم وقصده وتنزل كل طائفة أو بلده على عادة أهلها .. فإن المقصود حملها على ما ذكر دون غيره.

يقول عز الدين بن عبد السلام :

« من أقر بشيء من ألفاظ التصرفات كالبيع والإجارة والرهن والوكالة والسلم والطلاق والعتاق والنكاح والزكاة والكفارات والنذور والهدي أو حلف على شيء من ذلك أو علق عليه طلاقاً أو عتاقاً أو نذراً، فإن إقراره ويمينه وتعليقه محمول على الصحيح من ذلك دون الفاسد لظهوره فيه، فإن تأول شيئاً من ذلك فإن كان اللفظ محتملا لما نواه قبل تأويله في الفتيا دون الحكم وإن لم يحتمله لم يقبل تأويله في الفتيا إلا أن يقصد وضع اللفظ على المعنى الذي أراده فلا ينفعه على الأصح» (١) اهـ .

---

(١) يراجع في ذلك الأسنوي على المنهاج مع حاشية الشيخ بخيت جـ ٢ ص ١٩٤ والإبهاج شرح المنهاج للسبكي مخطوط جـ ١ ك ٣٠ وشرح التنقيح للقرافي ص ٩٤ والموافقات للشاطبي جـ ٢ ص ٨٤ والمستصفى للغزالي جـ ٢ ص ٢٩ وإعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٦ وقواعد الأحكام جـ ٢ ص ٨٧، ١١٦

وهذا يستتبع الحديث عن معنى التصرف وصيغته وأقسامها :

أولا — معنى التصرف :

إذا تتبعنا عقود المعاوضات وغيرها وجدنا لها صيغاً تدل عليها وإن لم يتعين للعقود لفظ إلا النكاح وهو لفظ التزويج والنكاح . وفى البيع يقول المشترى بعنى هذه السلعة بكذا فيقول البائع « بعتك » والمعاطاة فى البيع تصرف بالفعل مثلا وهى عند من يجيزها مطلقاً أو فى الأشياء المحقرة تعتبر كالصيغة باعتبار الفعل فى المعاطاة دالا على الرضا ، ولذا قال خليل ابن اسحاق : « ينعقد البيع وإن بمعاطاة » . وقال العز بن عبد السلام :

قاعدة فى ألفاظ التصرفات :

« لا يتعين للعقود لفظ إلا النكاح فإنه يتعين له لفظ التزويج أو النكاح لأن جميع الألفاظ لا تستقل بالدلالة على مقاصد النكاح ، فإن لفظ البيع والهبة يدل على نقل الملك فى الرقبة ، ثم المنافع والثمار بعد ذلك مستفادة من الملك غير معقود عليها ، ولفظ الإجارة يدل على تمليك المنفعة المقدرة ، والنكاح مؤجل بموت أقصر الزوجين عمراً أو بالعمرين إن مات الزوجان معاً ، وجميع ألفاظ العقود لا تدل على خصائص النكاح وإن نوى جميع ذلك لم يصح لأن الشهادة شرط فى صحة النكاح ، ولا اطلاع للشهود على النيات »[1] اهـ .

والأصل فى المعاوضات الرضا ولا سبيل إليه لأنه أمر خفى كان لا بد من دال عليه وهذا الدال هو القول أو الفعل ، والتصرف بالفعل

(١) قواعد الأحكام ص ٨٧ ج ٢

ليس محتاجاً لشيء أكثر من صدوره من الفاعل المميز الذى يريده ، ومن ثم أقول : إن التصرف هو مايدل على الرضا من الجانبين فهو أعم من أن يكون قولا أو فعلا .

وقد ذكر الفقهاء للتصرف تعريفات منها :

١ — عرفه الشيخ أبو سنة فى رسالته (العرف والعادة) فقال[1] :

« التصرف هو الالتزام الذى يصدر من الشخص فيرتب الشارع عليه أحكامه سواء كان بسيطاً — أى من جانب واحد كالنذر واليمين والإسقاطات المحضة كالطلاق والعتق وغيرها فان هذه تتم بعبارة واحدة ، أو كان مركباً من التزامين متبادلين يتوقف أولاهما على ثانيهما كما فى عقود المعاوضات والتبرعات حيث تتركب من الإيجاب والقبول » اهـ .

٢ — وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا فقال[2] :

« التصرف كل ما يصدر عن الشخص بإرادته ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية » اهـ .

٣ — وعرفه الأستاذ محمد مصطفى شلبى فقال[3] :

« التصرف ما يصدر عن الشخص المميز بإرادته ويرتب الشارع عليه نتيجة من النتائج سواء كان فى صالح ذلك الشخص أو لا » اهـ .

ونرى فى هذه التعريفات : أن التعريف الأول عبر عن التصرف بصدره من الشخص .

---

(١) ص ١٤٧ (٢) المدخل الفقهى العام جـ ١ ص ١٧١

(٣) المدخل فى التعريف بالفقه الاسلامى ص ٣١٢

ولم يشترط التمييز أو الإرادة ، والتعريف الثانى اشترط الإرادة وصرح بها فكان أجود من الأول والتعريف الثالث اشترط التمييز والإرادة فكان أجود وأقعد من سابقيه .

تعريفنا التصرف فى الفقه الإسلامى :

« هو كل مايصدر عن الشخص المميز بإرادته قولا كان أو فعلا ويرتب الشارع عليه أثراً معيناً سواء كان له أو عليه » . اهـ .

وعلى هذا فما لم يصدر عن الشخص بإرادته واختياره فلا يسمى تصرفاً مثل : الولادة والوفاة ، وكثبوت حق الإرث له ، وإرث حق الخيار مثلا لو مات المورث فى زمن الخيار وكثبوت حق الشفعة ، وإن كان الحق الموروث تصرفاً .

وهذه الأمور التى تحدث بغير إرادة الشخص واختياره تعتبر أوصافاً شرعية مجردة .

التصرف عند علماء القانون الوضعى :

يرى علماء القانون الوضعى : أن التصرف فى القانون مقصور على التصرف القولى فقط ويطلقون عليه التصرف القانونى ، ومثاله : أن يقوم شخص بإنشاء عقد البيع فيترتب عليه حق للبائع فى اقتضاء الثمن وحق للمشترى فى تسلم المبيع ونقل ملكيته إليه .

والوصية عمل إرادى من جانب واحد يترتب عليه للموصى له حقاً فى الموصى به.فهذان مثالان للتصرف القولى فى الفقه الإسلامى ويسميه علماء القانون : « التصرف القانونى » .

وأما التصرف الفعلي في الفقه الإسلامي فمثاله: أن يقوم الإنسان بفعل، ولكنه لا يريد الأثر المترتب عليه كالقتل العمد، فإن القاتل لا يريد ترتب الأثر الشرعي على ما فعل.

وقد لا يريد الفعل ولا الأثر كالقتل الخطأ — عندما يتصرف تصرفاً يظن أنه لا يؤدي إلى القتل — ولكن وقع بسببه القتل الخطأ. فإن هذا يسمى تصرفاً فعلياً لوجود الفعل فيه.

فهذا يسمى عند علماء القانون الوضعي (وقائع قانونية) ولوجود الجانب المادي يسمى وقائع مادية.

أما الأوصاف الشرعية المجردة — كما تقوم — فيسميها علماء القانون وقائع مادية أو قانونية، وهي في الفقه الإسلامي أوصاف شرعية مجردة يترتب عليها أثر شرعي معين.

فالتفرقة عند علماء القانون، بين التصرف القانوني والواقعة القانونية: أساسها التمييز بين الفعل المادي، والإرادي، فحيث توجد إرادة تتجه إلى ترتب أثر قانوني فهو التصرف القانوني.

وأما إذا ترتب الأثر القانوني من مجرد وجود فعل أو عمل مادي سواء كان طبيعياً أو اختيارياً، وسواء أكان أثره القانوني مقصوداً أو غير مقصود فهذه هي الواقعة القانونية أو الواقعة المادية.

ومما تقدم ظهر الفرق بين ماقاله علماء الشريعة الإسلامية، وما قاله علماء القانون.

هـذا : وقد حاول الدكتور عبد الرزاق السنهورى المطابقة بين معنى التصرف فى الفقـه الإسلامى وبين معناه فى القانون الوضعى . فقال (١) :

« ومما يجعل التمييز بين التصرف القانونى والواقعة القانونية تمييزاً مقبولا فى الفقه الإسلامى، أن الفقهاء يميزون فى كثير من المناسبات بين التصرفات القولية وهذه هى التصرفات القانونية ، والتصرفات الفعلية وهـذه هى الوقائع القانونية . ا هـ . وهذه المحاولة لجعل التصرف فى الفقه إن كانت ممكنة فى التصرف القولى والتصرف القانونى فلا يمـكن القول بذلك فى التصرف الفعلى والوقائع القانونية حيث أن الوقائع القانونية أو المادية عند القانونيين يدخل فيها مايقع من الإنسان بغير اختياره وفعله كالولادة والوفاة ، وهذه أوصاف مجردة فى الشريعة الإسلامية ، ولا تدخل فى معنى التصرف فى الفقه الإسلامى الذى يبرز دور الشارع الإسلامى فى ترتيب آثار التصرف القولى والفعلى معاً . فما ذكره الأستاذ السنهورى فيه تساهل وخروج بالفقه الإسلامى عن طابعه الذى يتميز به عن غيره من التشريعات والقوانين .

وممن خص التصرف بالقولى فقط وجعله مقصوراً عليه دون الفعلى ، الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه (الملكية ونظرية العقد) حيث قال فى تعريفه للتصرف فى الفقه الإسلامى :

«إنه كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ويرتب الشارع عليه أثراً شرعياً فى المستقبل » ا هـ(٢) .

---

(١) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى جـ ١ ص ٩١

(٢) الملكية ونظرية العقد ص ١٠١

ويعلق على هـــذا صاحب رسالة « التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى »(١) فيقول :

« ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لدور الشارع فى ترتيب آثار التصرف القانونى عليها فى الفقه الإسلامى » التصرف القولى . .

ثم قال : أما الوقائع القانونية ويقصد بها « التصرف الفعلى فى الفقه الإسلامى ، فنستطيع أن نطلق عليها نفس التعريف الوارد فى الفقه الغربى فهى كل عمل مادى رتب الشرع عليه أثراً معيناً » .

ونحن نرى أن هذه الميزة التى ذكرها للتعريف المذكور وهى إبرازه لدور الشارع فى ترتيب آثار التصرف القولى لاتخرجه عن كونه قاصراً لاقتصاره على التصرف القولى ، لأن تعريفات التصرف التى ذكرناها لمعناه فى الفقه الإسلامى قد أبرزت دور الشارع فى ترتيب آثار التصرف القولى والفعلى معاً ، فأصبحت بهذا الشمول فى مدلولها ومعناها تتفق ورأى المتشرعة الإسلاميين ، وطابعهم أكثر من هذه المحاولة للتقريب بين معنى التصرف فى الفقه الإسلامى والتصرف القانونى والوقائع المادية فى القانون الغربى .

(١) رسالة التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى للدكتور وحيد الدين سوار ص ٣٢ ، وقد أعدت بإشراف الشيخ محمد أبو زهرة بكلية الحقوق جامعة القاهرة .

ثانيا — صيغة التصرف وأقسامها :

صيغة التصرف هي :

الألفاظ المعهودة بين الناس في التصرف المراد إنشاؤه :

وهي تتنوع إلى خبر وإنشاء وكل منهما إلى صريح وكناية ثم إلى « صيغة الماضي والمضارع والأمر والإستفهام والاستقبال والجمل الإسمية ».

القسم الأول : الخبر والإنشاء :

١ — تعريف الخبر : هو ما يحتمل الصدق والكذب لذاته .

٢ — تعريف الإنشاء : هو الذي يوجد به مدلوله في نفس الأمر .

وفي نطاق هذين التعريفين يمكن التمييز بين الصيغة الخبرية والإنشائية، وذلك لأن التصرفات التي يأتيها الإنسان ويترتب عليها أثر شرعي معين ، لاتكون إلا بلفظ يدل على إنشاء التصرف ، فالإنشاء يتبعه مايترتب عليه كما لايقبل إحتمال الصدق والكذب ، وقد يقع منقولا عن أصل الوضع بسبب النقل العرفي من الإخبار إلى الإنشاء .

أما الصيغة الخبرية فإنها لايترتب عليها ما يترتب على الإنشاء لاحتمالها الصدق والكذب .

وقد بين الإمام القرافي - رضي الله عنه - الفرق بين الخبر والإنشاء على الوجه الآتي(١) :

---

(١) الفروق جـ ١ ص ٢٣ ، ونفائس الأصول شرح المحصول مخطوط جـ ١ ك ٢١ وهو للقرافي أيضاً .

١ — الإنشاء سبب مدلوله فإن العقود أسباب لمدلول صيغة الإنشا ومتعلقاتها بخلاف الإخبار .

٢ — إن الإنشاء يتبعه مدلوله ، والإخبار يتبع مدلوله . أما تبعية مدلول الإنشاء له فإن الطلاق والملك مثلا . إنما يقعان بعد صدور صيغة الطلاق والبيع وهما سبب لمدلوليهما ، وأما أن الخبر تابع لخبره فتقتضى التبعية أنه تابع لتقرر مخبره فى زمانه ماضياً كان أو حاضراً أو مستقبلا ... وليس المراد بالتبعية فى الوجود فقط وإلا لما صدق ذلك إلا فى الماضى فقط .

٣ — أن الإنشاء لايقبل التصديق والتكذيب فلا يحسن لمن قال لامرأته : أنت طالق صدقت ولا كذبت لأنه لا يريد به الإخبار عن طلاق امرأته . وغير ذلك من صيغ الإنشاء بخلاف الخبر فإنه للتصديق والتكذيب .

٤ — أن الإنشاء لايقع إلا منقولا عن أصل الوضع فى صيغ العقود والطلاق ونحوها ... والخبر يكفى فيه الوضع الأول فى جميع صوره ، فقول الرجل لامرأته أنت طالق لايفيد طلاق امرأته بالوضع الأول ، بل أصل هذه الصيغة أنه أخبر عن طلاقها .. وإنما صارت تفيد الطلاق بسبب النقل العرفى عن الإخبار إلى الإنشاء وكذلك جميع هذه الصيغ اهـ .

ويفهم من هذا الذى ذكره القرافى وماذكره السبكى فى الإبهاج(١) :

أن الألفاظ التى تدل على إنشاء التصرفات من العقود والإلتزامات وغيرها إنشاء نقلها العرف عن أصل وضعها للإخبار إلى ماتدل عليه من

---

(١) الإبهاج شرح المنهاج جـ ١ ص ١٨٩

إنشاء التصرفات وقد تعارفها العرب فى ذلك قبل الإسلام وأقرهم عليها، وما تعارفوه بعد ذلك من ألفاظ تدل على إنشاء التصرفات فهو منقول بالعرف إلى معناه الجديد عن أصل الوضع ، وأن الإنشاء يستتبع آثاره المترتبة عليه كما فى عقد البيع من دفع الثمن وتملك المبيع لأن صيغة العقد سبب لذلك ولا يقبل الإنشاء الصدق والكذب لأن العقل يجوز فى الإخبار إحتمالهما .

قال الإسنوى(١) :

« صيغ العقود والفسوخ والالتزامات إخبارات فى أصل اللغة وقد تستعمل فى الشرع كذلك فإن إستعملت لإحداث حكم فهى منقولة إلى الإنشاء عندنا وقالت الحنفية إنها اخبارات عن ثبوت الأحكام بتقدير وجودها قبيل التلفظ » اهـ .

هذا ويقول الحنفية :

« إن صيغ العقود والفسوخ مثل بعت واشتريت وزوجت وطلقت وفسخت إخبارات عن ثبوت الأحكام فمعنى قولك بعت الإخبار عما فى قلبك فإن أصل البيع هو التراضى ووضعت لفظة بعت للدلالة على الرضا ، فكأنه أخبر بها عما فى ضميره فيقدر وجودها قبل اللفظ للضرورة وغاية ذلك أن يكون مجازاً وهو أولى من النقل » .

ويمكن رد ذلك : بأن الإخبار تابع لما يدل عليه الخبر عكس الإنشاء كما تقدم ، فقولنا : قام زيد تابع لتقرر مخبره فى الزمن الماضى ، وقولنا هو قائم تابع لقيامه فى الحال ، وقولنا سيقوم تابع لتقرر قيامه فى المستقبل ،

---

(١) التمهيد للاسنوى ص ٥٣

وليس المراد بالتبعية التبعية فى الوجود فقط وإلا لما صدق إلا فى الماضى والحاضر مقارن فلا يتبعه فى المساواة والمستقبل موجود بعد الخبر فكان متبوعاً لا تابعاً .

قال القرافى : وكذا ينبغى أن يفهم معنى قول الفضلاء : الخبر تابع لمخبره ، ومثل قولهم العلم تابع لمعلومه – أى تابع لتقرره فى زمانه ماضياً أو حاضراً أو مستقبلا .

وعلى هذا فمن قال : بعت أو اشتريت مخبراً فيقال له . صدقت أو كذبت ، لأن مؤداه أنه أخبر عن شىء حدث ، فالخبر محتمل للصدق والكذب عكس الإنشاء كما تقدم وكذا من قال لزوجته الرجعية فى العدة « طلقتك » مخبراً عما مضى لم يقع قطعاً ، وإن نوى الإنشاء وقع الطلاق بالاتفاق بين الحنفية وغيرهم .

وقد احتج غير الحنفية : بأن الإنشاء هو المتبادر فى العرف إلى الفهم فوجب أن يكون منقولا إليه كسائر المنقولات ، وذلك أن التبادر مدرك بالعقول بالضرورة . ولا نجد فى أنفسنا أن القائل لامرأته : أنت طالق ، أنه يحسن تصديقه أو تكذيبه ، والمنصف يعتمد الوجدان ومن لم ينصف يفعل ما يشاء اﻫ .

وقال صاحب تهذيب الفروق فى هذا الجواب : « إنه يمكن فيه ادعاء القطع ولا يتأتى للأحناف الجواب عنه إلا بالمكابرة »(١) اﻫ .

ويقول فقهاء الحنفيه فى حديثهم عن العرف « إن العرف قاض على الوضع » فهو ينقل الصيغة من معناها اللغوى إلى المعنى العرفى ومن دلالة

---

(١) الفروق وتهذيبه ج ١ ص ٢٧

الصيغة على الماضى لتدل على الحال . قال صاحب البدائع من الحنفية فى صيغة البيع(١) :

« .. أما بصيغة الماضى فهو أن يقول البائع : بعت ويقول المشترى : اشتريت فيتم الركن لأن هذه الصيغة وإن كانت للماضى وضعاً لكنها جعلت إيجاباً للحال فى عرف أهل اللغة ، والشرع والعرف قاض على الوضع » اهـ .

ويقال لهم : إن كنتم تقولون بأن العرف - أى عرف شرعى أو استعمالى - قاض على الوضع اللغوى فى نقل صيغة الماضى من الدلالة على الماضى إلى الدلالة على الحال ، فلم لا تقولون إنه ينقل الصيغة فى العقود من الخبر إلى الإنشاء ، والأمر فى الحالين نقل عن أصل الوضع والعرف كما ذكرتم (قاض على الوضع) .

وقد ذكر فقهاء الحنفية : أن النقل فى صيغ العقود عن أصل الوضع : إنما هو بالعرف الشرعى كما ذكر صاحب البدائع وغيره من الفقهاء فقد قال صاحب الهداية :

« إن صيغة الماضى وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعا » .

ويعلق على ذلك صاحب فتح القدير فيقول(٢) :

« وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود حيث أفادت دخول المعنى فى الوجود قبل الإخبار » وفى مجمع الأنهر : « والشرع قد اعتبر الإخبار إنشاء فى جميع العقود فينعقد به »(٣) .

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٣٣
(٢) فتح القدير جـ ٢ ص ٣٤٤
(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر جـ ٢ ص ٤

والحنفية لما اعتبروا صيغ العقود للإنشاء شرعاً قالوا : إن هذا مفرع على الحقيقة الشرعية .

ويرد على ذلك : بأن هذه الصيغ عرفها العرب فى إنشاء العقود قبل ورود الشرع فهى من فروع الحقيقة العرفية .

فيقال لهم : إن هذا غير متجه لأن هذه الصيغ من بعت واشتريت كانت أسباباً عند العرب فأقرها الشرع واستثنى بعضها فلم يعتبرها وزاد فى بعضها شروطاً فالعرف هو الأصل فى نقلها للإنشاء .

وهذا الخلاف لايترتب عليه أثر فقهى لأن المؤدى فى النهاية واحد ، حيث أن الكل متفق على انعقاد العقد بها . فالحنفية يقولون : إن صيغ العقود إخبار عن التراضى الذى فى ضمير البائع والمشترى والشارع جعل ذلك للإنشاء فهى إخبار فى أصل الوضع والذى نقلها الإنشاء هو الشرع فهى تنشيء العقد ويترتب عليه آثاره .

وأما غير الحنفية فيقولون : إن الذى جعلها للإنشاء هو عرف الاستعمال وقد عرفت فى إنشاء العقود قبل الإسلام ثم جاء الإسلام فأقرها ، فهى تنشيء العقود ويترتب عليها آثارها كما يقول الحنفية .

هذا وقد ذكر الإمام القرافى فى كتابيه «الفروق» و «نفائس الأصول» مايوضح غاية الوضوح أثر العرف فى كون الصيغة خبراً أو إنشاء وقال فى الفروق(١) :

« إن الإنشاء لايقع إلا منقولا عن أصل الوضع فى صيغ العقود

(١) الفروق جـ ١ ص ٥٣ ونفائس الأصول شرح المحصول جـ ١ ك ٢٢ مخطوط .

والطلاق والعتاق ونحوها وقد يقع إنشاء فى الوضع الأول كالأوامر والنواهى فإنها تنشىء الطلب بالوضع الأول ، والخبر يكفى فيه الوضع فى جميع صوره فقول الرجل لامرأته : (أنت طالق) لايفيد طلاق امرأته بالوضع الأول ، بل أصل هذه الصيغة ، أنه أخبر عن طلاقها وأنه لايلزمه شىء كما يتفق له فى بعض أحواله ، وإذا سألته إمرأته بعد الطلاق فقال لها : (أنت طالق) إعلام لها بتقدم الطلاق ، فهذا أصل الصيغة وإنما صارت تفيد الطلاق بسبب النقل العرفى عن الإخبار إلى الإنشاء ، وكذلك جميع صيغ هذه العقود » اهـ .

وإذا كان الإنشاء يقع منقولا عن أصل الوضع فى صيغ العقود التى صارت بعد النقل تفيد ما يترتب عليها من آثار ونتائج فما يدل على الرضا من الجانبين عرفاً فإنه يصح به انعقاد العقد ، فالعرف هو المنظور إليه ويجب اتباعه لأن اللفظ المنقول يتبادر منه مايدل عليه عرفاً ويستغنى عن غيره . يقول القرافى(١) :

« بيان الفرق بين الصيغ التى يقع بها الإنشاء الواقع اليوم فى العادة ، أن الشهادة تصح بالمضارع دون الماضى واسم الفاعل ، فيقول الشاهد : (أشهد بكذا عندك أيدك الله) ولو قال : (شهدت بكذا ، أو أنا شاهد بكذا لم يقبل عنه) ، والبيع يصح بالماضى دون المضارع عكس الشهادة ... وإنشاء الطلاق يقع بالماضى نحو (طلقتك ثلاثا) ، واسم الفاعل نحو : (أنت طالق ثلاثا) دون المضارع نحو (أطلقك ثلاثا) وسبب النقل بين هذه الأبواب ، النقل العرفى من الخبر إلى الإنشاء ، فأى شىء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً فى العادة لذلك المعنى بالوضع العرفى فيعتمد الحاكم عليه لصراحته ويستغنى المفتى عن طلب النية معه لصراحته » اهـ .

---

(١) الفروق جـ ١ ص ١٧٦

واعتبار العرف فى إنشائية الصيغة وخبريتها معتبر فى كل الأحوال والأزمان ويعتمد عليه الحاكم والمفتى، وأن ذلك يرجع فيه إلى عادة الناس الجارية فى الاستعمال لا بما سطره الفقهاء فى الكتب الفقهية لأنها وضعت موافقة للعصر الذى كتبت فيه، كما تقدم منقولا عن القرافى وغيره .

ومن هذا الذى ذكر تبين أثر العرف فى إنشائية الصيغة وخبريتها ، ومراعاة هذه القاعدة يجعل الناظر فى الفقه الاسلامى يرى أنه لم يصب فى قوالب جامدة لاتقبل التغير ولا الحركة مع التطور بل هو فى حركة دائمة تواجه أمور الحياة ويحقق مصالح الناس جميعاً بلاعنت ولا إرهاق .

القسم الثانى : الصريح والكناية :

الصريح فى اللغة : إما من صرح بمعنى خلص من تعلقات الغير ومنه قول صريح أى لايحتاج إلى تأويل أو إضمار ، وإما أن يكون بمعنى انكشف ومنه قولهم صرح الحق عن محضه - أى انكشف بعد خفائه . ويكون بمعنى ظهر مثل صرح بما نفسه - أظهره .

تعريف الصريح فى الإصطلاح :

١ — عرف السيوطى فى الأشباه والنظائر فقال(١) :

(الصريح) هو اللفظ الموضوع لمعنى لايفهم منه غيره عند الإطلاق .

وهو بهذا يشير إلى أن الصريح له معنى واحد منحصر لايفهم غيره من اللفظ عند الإطلاق سواء كان ذلك فى الشرع أو اللغة أو العرف .

---

(١) ص ٢٣٩

٢ — وعرفه ابن عابدين فى رد المحتار فقال(١) :

« الصريح عند علماء الأصول: « ما انكشف المراد منه فى نفسه فيتناول الحقيقة غير المهجورة والمجاز المتعارف ، فالأول كأعرتك والثانى كأطعمتك أرضى » .

وفى البحر الرائق(٢): « الصريح فى أصول الفقه : ماغلب استعماله فى معنى بحيث يتبادر حقيقة أو مجازاً ، فالحقيقة المهجورة غير مرادة والتعريف صريح فى شموله الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف مثل : من حلف لايشرب من النهر حقيقته الشرب بالفم ومجازه الشرب بالكوز ونحوه ولاتزال الرعاة حتى الآن يشربون بأفواههم ، فأبو حنيفة ـ رضى الله عنه ـ يحمله على الحقيقة لأصالتها ، والصاحبان ومن وافقهما على المجاز(٣) .

٣ — وعرفه ابن ملك فى شرح المنار فقال(٤) :

« الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حقيقة كان أو مجازاً كقوله : « أنت حر وأنت طالق » :

وهكذا إذا تتبع الباحث تعريفات العلماء للصريح يجد أنهم متفقون أو يكادون ، على معنى واحد للصريح هو « مايدل على المعنى المراد وماينطوى عليه من غير افتقار إلى شىء آخر يكشف عن المراد منه ، وقد قال ابن حجر الهيثمى : « الصريح مايعمل بنفسه ولاتقبل إرادة غيره » (٥) اهـ .

---

(١) جـ ٤ ص ٥٢٥ (٢) جـ ٣ ص ٢٦٩

(٣) يرجع ماتقدم فى الحقيقة والمجاز ص ٦١ (٤) ص ١٦٤

(٥) الفتاوى الفقهية الكبرى جـ ٤ ص ٦٦ ويرجع فى ذلك أيضاً « التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى » للدكتور وحيد الدين سوار .

والصريح حقيقة ومجاز كما أن الكناية كذلك .

والكناية عند أهل اللغة أن يتكلم بشيء ويريد غيره .

وعند علماء البيان : لفظ أطلق وأريد لازم معناه .

وعرفها الأصوليون كما جاء في حاشية الأزميري على المرآة : بأنها « ما استتر المراد منه في نفسه حقيقة أو مجازاً »(١) .

وعلى هذا فالفرق بين الصريح والكناية « أن الصريح لفظ يتبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال ، فيفهم المراد منه عند الإطلاق مثل بعت وزوجت وطلقت ، فهذه ألفاظ لا يفهم منها غير معناها عند الإطلاق وينكشف المراد بها في نفسها ، والكناية لفظ لم يظهر المراد منه على عكس الصريح في ذلك . فالحقيقة التي غلب معناها المجازي في الاستعمال كناية ، والمجاز المتعارف صريح وغير المتعارف كناية .

والصريح حكمه أنه لا يحتاج إلى نية أو قرينة بخلاف الكناية فإنها تحتاج إلى نية أو قرينة للدلالة على المراد منها .

أثر العرف في التمييز بين الصريح والكناية

ما غلب على استعمال الناس من الألفاظ في معنى من المعاني كان صريحاً فيه ولا يحتاج إلى نية أو قرينة ، سواء كان حقيقة عرفية أو لغوية جرى استعمالها بين الناس وإن لم تنقل عن أصل الوضع اللغوي ، وكذلك المشترك إذا استعمل في معنى معانيه ، أو استعمل في معانيه ، والمجاز إذا غلب استعماله على الحقيقة فإنه يكون صريحاً أيضاً .

---

(١) جـ ٢ ص ٥٦

وإذا احتمل اللفظ أكثر من معنى ، ولم يغلب استعماله فى معنى منها واستتر المراد منه كالمشترك والمجاز غير المتعارف إذا خفى معناه فلا يكون صريحاً بل كناية .

يقول الأزميرى فى حاشيته على المرآة(١) :

« إن منشأ الإستتار فى الكناية ليس قصد المتكلم الإستتار بل قلة الإستعمال كما أن منشأ الظهور فى الصريح كثرة الإستعمال ، والإستتار وإن كان يقصد لأغراض صحيحة لكنه لا يصلح لإنشاء الكناية لأن المعنى المراد متى استتر بقلة الإستعمال يكون اللفظ كناية سواء قصد المتكلم استتاره أو لم يقصد، ومتى لم يستتر بكثرة الإستعمال يكون صريحاً وإن قصد المتكلم استتاره لأن قول الزوج لزوجته : « أنت بائن كناية وإن لم يقصد استتاره » أهـ .

ويقول القرافى :

« مهما تجدد العرف فاعتبره ومهما سقط فأسقطه ... وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية » .

وجاء فى فتح القدير آخر باب الإيلاء : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة » وذكر ابن عابدين : « أن الكناية تصير صريحاً بالعرف » .

فالعرف هو المحكوم فى بيان الصريح والكناية فما كان صريحاً عرفاً فى صيغ الطلاق وغيره من العقود والتصرفات فيترتب عليه آثاره ، وما كان

---

(١) جـ ٢ ص ٦٦ ، ٦٧ (٢) الفروق جـ ١ ص ١٧٦

غير صريح فينوى فيما أراده منه وذلك هو ما اتفق عليه الجميع كما يبدو لى .

ويقول القرافى فى قاعدة : « ما يصح أن تؤدى به الشهادة وقاعدة ما لا يصح أن تؤدى به الشهادة :

« والاعتماد على الصريح — عرفاً هو الأصل ولا يجوز الإعتماد على غير الصريح لعدم تعين المراد منه فإن اتفق أن العوائد تغيرت ، وصار الماضى موضوعاً لإنشاء الشهادة والمضارع لإنشاء العقود جاز للحاكم اعتماد ما صار موضوعاً للإنشاء ولا يجوز له الإعتماد على الأول .. فتلخص لك أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشىء عن العوائد وتابع لها وأنه ينقلب وينتسخ بتغييرها وانتقالها ، فلا يبقى بعد ذلك خفاء فى الفرق بين قاعدة ما يصح أن تؤدى به الشهادة وقاعدة ما لا يصح أن تؤدى الشهادة به »(١) اهـ .

وقد استند الفقه الإسلامى كما ذكر إلى العرف ومنحه الأولوية فيما يدل عليه لأن غلبة الإستعمال بين قوم تولد فى نفوسهم ثقة فى اللفظ واطمئناناً إلى فحواه وقد نظر الفقهاء إلى ذلك واعتبروا فهم الجماعة واستعمالها للفظ له أثر كبير فى فهم المراد منه ، وظهوره فيه حتى أصبح للعرف قوة يستطيع بها أن يحول الصرائح كنايات وبالعكس معنى ومبنى .

ويظهر أثر العرف فى صراحة الصيغ وكنايتها فيما ذكره الفقهاء فى بعض ألفاظ الطلاق مثل (أنت حرام . أو محرمة أو حرمتك على نفسى) .

١ — مذهب المالكية :

كان العرف فى عهد الإمام مالك - رضى الله عنه — فى بعض الألفاظ

---

(١) الفروق جـ ١ ص ٤٠ وما بعدها .

المستعملة فى الطلاق مثل : (أنت حرام ، وخلية وبرية ، وحبلك على غاربك) أنه يلزم الحالف بها الطلاق الثلاث لمدخول بها ، ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من ذلك لاشتهار العرف فى هذه الألفاظ فى إزالة العصمة وفى العدد الذى هو الثلاث .

ولما تغير العرف عما كان عليه فى هذه الألفاظ وأصبح الناس لا يستعملون هذه الألفاظ فى الطلاق الثلاث ولا فى إزالة العصمة فالعرف القديم منفى قطعاً حينئذ .

وقال ابن عبد الحكم فى لفظ الحرام فى الطلاق: « لا شىء إذا كان فى بلد لا يريدون الطلاق بذلك » .

وقال صاحب (جنى زهر الآس) :

« إنه جرى العمل على أن لفظ التحريم يقع به طلقة بائنة سواء قال لزوجته: هى حرام، أو أنت حرام ، أو عليه الحرام دون إرادة عدد معين.

وذكر القرافى : أن استعمال التحريم فى طلقة واحدة هو عرف مصر والقاهرة وذلك فى عهده وإذا كان هناك بلد آخر تكرر الإستعمال عندهم فى الحرام أو غيره من الألفاظ فى الثلاث حتى صار هو العدد المتبادر من اللفظ فحينئذ يحسن إلزام الثلاث بهذا اللفظ وإياك أن تقول : إنا لا نفهم منه إلا الطلاق الثلاث لأن مالكاً — رحمه الله — قاله . أو لأنه مسطور فى كتب الفقه لأن ذلك غلط بل لا بد أن يكون ذلك الفهم حاصلا لك من جهة الإستعمال والعادة كما يحصل لسائر العوام . كما فى لفظ الدابة والبحر والراوية ، فالفقيه والعامة فى هذه الألفاظ سواء فى الفهم لا يسبق إلى أفهامهم إلا المعانى المنقولة إليها ، فهذا هو الضابط لا فهم ذلك من كتب الفقه فإن

النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك فى الكتب ، بل المسطر فى الكتب تابع لاستعمال الناس » اهـ .

وذكر القرافى (فى الأحكام) : أن لفظ الحرام اشتهر فى عهد الإمام مالك — رضى الله عنه — فى إزالة العصمة والعدد الثلاث وأنه اشتهر فى الإنشاء للمعنيين وانتقل عن أصل الوضع من الإخبار عن أنها حرام لأن الإخبار بذلك كذب قطعاً فلابد حينئذ أن يقال إنها انتقلت فى العرف لإزالة العصمة والعدد الثلاث والإنشاء — ويقول القرافى :

« إن ألفاظ الطلاق إن لم تكن إنشاء أو يراد بها الإنشاء لا تزيل عصمة البتة وملاحظة هذه القاعدة هى سبب الخلاف بين الخلف والسلف فى هذه المسألة ، إذا تقرر هذا فأنت تعلم أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الصيغ المتقدمة فى ذلك .. نعم لفظ الحرام فى عرفنا اليوم لإزالة العصمة خاصة دون عدد ، وهى مشتهرة فى ذلك بخلاف ما ذكر ، ومقتضى هذا أن يفتى بطلقة رجعية ليس إلا وينوى فى غيرها من الألفاظ التى ذكرت معها » .

٢ — مذهب الحنفية :

يرى المتأخرون من الأحناف : « أن لفظ (أنت على حرام) أو (محرمة) أو (حرمتك على نفسى) صرائح فى الطلاق البائن لتعارف الناس هذه الصيغ فى التطليق بدون حاجة إلى النية لأن العرف له أثر فى صراحتها أو كونها كناية .

وإنما وقع بها الطلاق لأن كون الطلاق البائن هو مقتضى لفظ الحرام وموجبه ، وإن كان الناس أثناء استعمالهم هذه الألفاظ لا يميزون بين الرجعى والبائن ، والطلاق الرجعى لا يحرم الزوجة مادامت فى العدة ، والطلاق الذى يفيد تحريمها فى قوله (أنت حرام) هو الطلاق البائن

إذ هو الذي يزيل الحل عقب الطلاق مباشرة بخلاف الطلاق الرجعي فإن الزوجة فيه تعتبر زوجة ما دامت في العدة .

ويرى المتقدمون من الحنفية . أنها كنايات لأن معنى الحرمة المنع فهي تحتمل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاصي وتحتمل منعها من متع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، أو بطريق الإيلاء أو الظهار ، وتحتمل الكذب بوصفها بالتحريم لأنها حلال في الواقع ، فإن نوى بها إحدى البينونتين أو الإيلاء أو الظهار ثبت ما نوى وإن نوى الكذب بطل الحلف ، وإن لم ينو شيئاً انصرفت إلى الإيلاء ، وهذا مذهب عمر وابن مسعود وعائشة والحسن البصري وطاوس وابن المسيب وسعيد بن جبير وابراهيم النخعي وأصحابه رضي الله عنهم أجمعين .

وتلخص من ذلك أنها على رأي المتقدمين كناية محتملة وعلى رأي المتأخرين ألفاظ صريحة بسبب جريان العرف بها في الطلاق حتى أصبحت لا تحتمل غيره فيقع بها بلا نية .

وذكر صاحب الهداية : أن رأي المتقدمين من الحنفية (أن كل حرام) ينصرف إلى الطعام والشراب لأن هذه الجملة تستعمل فيما يتناول عادة ، وهو المعنى اللغوي فتحمل عليه . وقد رد ذلك بقوله : « هذا جواب ظاهر الرواية ومشايخنا قالوا : يقع به الطلاق من غير قرينة لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى » اهـ .

وتقدم أن عابدين ذكر عن مشايخ بلخ أنهم قالوا : « في كل حل حرام » أن محمداً قال : لا يقع به الطلاق إلا بالنية بناء على عرف دياره ، أما في

عرف بلادنا فيقع – أى بلا نية – لصراحته فى الطلاق عندهم حيث جرى العرف به وأصبح دالا عليه(١) .

وقال الكمال بن الهمام فى فتح القدير :

« والحاصل أن المعتبر انصراف هذه الألفاظ عربية أو فارسية إلى معنى الطلاق بلا نية للتعارف فيه » .

وقال صاحب الدر المختار :

« ومن الألفاظ المستعملة فى الطلاق : الطلاق يلزمنى والحرام يلزمنى وعلى الطلاق وعلى الحرام فيقع بلا نية » .

وعلق ابن عابدين على هذا فقال :

« وإنما كان ما ذكره صريحاً لأنه صار فاشياً فى العرف فى استعمال الطلاق ... وقد مر أن الصريح ماغلب استعماله فى الطلاق بحيث لايستعمل عرفاً إلا فيه من أية لغة كانت وهذا فى عرف زماننا كذلك . فوجب اعتباره صريحاً كما أفتى المتأخرون فى أنت حرام ، بأنه طلاق بائن للعرف بلا نية » اهـ .

٣ — أما الإمام الشافعى – رضى الله عنه – فيرى أن لفظ التحريم طلاق رجعى أو ظهار إن نوى واحداً منهما وإن نوى مجرد التحريم فعليه كفارة يمين ، وهو مذهب الزهرى وطاوس . وذكر بعض الشافعية أن قوله : « أنت على حرام » صريح فى الطلاق بناء على تعريفهم للصريح بأنه

---

(١) يراجع العرف العام والخاص ، والشرط الثانى من شروط اعتبار العرف — فيما تقدم .

ما اشتهر عرفاً فى الطلاق وحيث اشتهرت هذه الألفاظ فى الطلاق فقد صارت صريحة فيه فيقع بلا نية .

ومن هذه النصوص المذكورة عن الفقهاء تبين أثر العرف فى اعتبار الصريح والكناية فى ألفاظ الطلاق . فالصريح يعمل بلا نية وغيره يحتاج إلى نية ، وهذا هو رأى الحنابلة كما يفهم من كلام ابن تيمية وابن القيم .

وقد قال القرافى فى الأحكام فى التعليق على ألفاظ الطلاق التى كانت متعارفة فيما سبق وكيف أنها تتغير مدلولاتها بتغير العرف والاستعمال :

« إذا تقرر هذا فأنت تعلم أنك لا تجد الناس يستعملون هذه الألفاظ فى هذه الصيغ المتقدمة فى ذلك بل تمضى الأعمار ولا يسمع أحد يقول لامرأته إذا أراد طلاقها : « أنت خليـــة » ولا « وهبتك لأهلك » ، ولا تستعمل هذه الألفاظ فى إزالة العصمة ولا فى عدد طلقات ، فالعرف حينئذ فى هذه الألفاظ منفى قطعاً ، وإذا انتفى العرف لم يبق إلا اللغة لأن الكلام عند عدم النية أو البساط يرجع إلى اللغة ، وفى اللغة لم توضع هذه الألفاظ لهذه المعانى التى قررها مالك فى المدونة بالضرورة ، ولا يدعى أنها مدلول اللفظ لغة إلا من لا يدرى اللغة ، وإذا لم تفد هذه الألفاظ لغة ولا عرفاً ولا بساطاً فهذه الأحكام حينئذ بلا مستند والفتيا بغير مستند باطلة إجماعاً وحرام على قائلها ومعتقدها » اهـ .

هذا وقد اتفق الجمهور من الفقهاء كما تبين على أن العرف هو المحكم فى الصريح والكناية فى صيغ التصرف فما كان صريحاً عرفاً من الألفاظ فى العقود ترتب عليه أثره بلا نية وما كان غير صريح فينوى الشخص فيه .

وقد استند الفقه الإسلامى إلى العرف فى التعرف على ما تدل عليه

الصيغة الجارى استعمالها بين الناس وذلك لأن غلبة الاستعمال بين قوم تولد فى نفوسهم ثقة فى اللفظ واطمئناناً إلى فحواه ، ولذا اعتبر الفقهاء فهم الجماعة واستعمالها اللفظ له أثر كبير فى فهم المراد منه وبناء الحكم عليه (١).

القسم الثالث : من أقسام صيغة التصرف :

لقد تقدم أن صيغة التصرف تنقسم إلى خبر وإنشاء وصريح وكناية . وتنقسم بعد ذلك إلى عدة أقسام تدخل تحت الخبر والإنشاء والصريح والكناية وهى :

(١) صيغة الماضى . (٢) صيغة المضارع .

(٣) صيغة الأمر . (٤) صيغة الاستفهام .

(٥) صيغة الاستقبال . (٦) الجمل الإسمية .

١ — صيغة الماضى :

اتفق الفقهاء على أن صيغة الماضى ينعقد بها العقد كبعت واشتريت دون بحث عن النية لأنها صريحة فيما تدل عليه .

ثم اختلفوا فى الدليل على استعمالها فى ذلك مع أنها تدل على الماضى ثم أصبحت بعد استعمالها فى انعقاد العقد متمحضة للحال .

---

(١) يراجع فى ذلك الأحكام للقرافى ص ٧٠ ، ٧١ والفروق جـ ١ ص ٤٠ ، ١٧٦ والبهجة شرح التحفة مع شرح التودى جـ ١ ص ٣٨٨ والصاوى على الدردير جـ ١ ص ٤١٥ ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين جـ ٢ ص ٤٦٩ ، وفتح القدير جـ ٤ ص ٣٧٣ ، ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٩ . ويراجع المجموع للنووى جـ ٨ فى باب الطلاق وأعلام الموقعين جـ ٣ ص ٦٠ وما بعدها . والفتاوى لابن تيمية جـ ٣ والقواعد النورانية الفقهية ص ١٠٥ وما بعدها .

أولا — ذهب المالكية ومن وافقهم : إلى أن البيع ينعقد بصيغة الماضي ، وكل ما يدل على الرضا عرفاً لأن العرف نقل صيغة الماضي من الإخبار عن الماضي إلى الدلالة على الحال وجعلها صالحة لانعقاد العقد حتى صارت آكد الصيغ في العقود مما جعل الفقهاء يجمعون على أنها تنشيء العقود صراحة دون بحث فيما وراءها من نية ، ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، وأصبحت صيغة الماضي منقولة لما يريده الناس في الاستعمال ، وينعقد بها العقد بمجرد صدورها لأنها وصلت إلى حد القطع والجزم ، ويترتب على هذا ثبوت آثار العقد بمجرد صدورها ، ولأنها تدل على الرضا من البائع والمشتري فإن قول البائع بعت دليل على حصول الرضا منه بخروج المبيع عن ملكه ، ودخول الثمن في ملكه ، وكذلك قول المشتري : قبلت دليل على خروج الثمن عن ملكه ودخول الشيء المشترى في ملكه .

والبيع من شرط انعقاده الصيغة — والمراد بها كل ما يدل على الرضا — ولهذا قالوا : إن الفعل الماضي أكثر الألفاظ صراحة فيما يدل عليه .

جاء في شرح الحطاب على خليل(١) :

« الصيغة التي ينعقد بها البيع ، هو ما يدل على الرضا من البائع ويسمى الإيجاب وما يدل على الرضا من المشترى ويسمى القبول سواء كان الدال قولا كقول البائع : بعت وأعطيتك وشبه ذلك ، وقول المشتري : اشتريت وتملكت : أو كان فعلا كالمعاطاة ، لأن الفعل الماضي يدل على الرضا عرفاً ، والمقصود من البيع هو أخذ ما بيد غيرك بعوض ترضاه فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس والرضا بقبول أو فعل » اه.

---

(١) جـ ٤ ص ٣٢٨

ويقول الدردير فى الشرح الصغير :

« ينعقد البيع بقول المشترى للبائع اشتريتها منك بكذا بالفعل الماضى، ويقول البائع المشترى : بعتكها بكذا بالماضى أيضاً ، ويرضى الآخر — أى يأتى بما يدل على الرضا — من قول أو غيره فيكون التعبير بالماضى إنشاء للبيع ».

وذكر الدردير فى نفس الموضوع « صيغة العقد » : « صيغة » أو ما يقوم مقامها مما يدل على الرضا . وقال الصاوى : « ما يدل على الرضا — أى عرفاً — سواء دل عليه لغة أيضاً أو لا ، فالأول كبعت واشتريت وغيره من الأقوال ، والثانى كالمعاطاة »[1] .

ويقول القرافى — رحمه الله تعالى[2] :

« البيع يصح بالماضى دون المضارع عكس الشهادة فلو قال : أبيعك بكذا ، أو قال أبايعك بكذا لم يصح عند من يعتمد مراعاة الألفاظ كالشافعى ، ومن لا يعتبرها لا كلام معه ... وإنشاء الطلاق يقع بالماضى نحو « طلقتك » واسم الفاعل نحو « أنت طالق » وبالمضارع نحو « أطلقك » ، وسبب هذه الفروق بين هذه الأبواب هو النقل العرفى من الخبر إلى الإنشاء فأى شىء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً فى العادة فى ذلك المعنى بالوضع العرفى يعتمد الحاكم عليه لصراحته ويستغنى المفتى عن طلب النية معه لصراحته » اهـ .

فالعرف عند المالكية له أثر فى صراحة صيغة الماضى وجعلها دالة على

---

(١) الصاوى على الدردير جـ ٢ ص ٣

(٢) الفروق جـ ١ ص ٥٣ ويراجع بحث الخبر والإنشاء فيما تقدم .

الإيجاب والقبول دون احتمال آخر وهذا هو رأى الزيدية كما ذكر صاحب البحر الزخار فى عقد البيع حيث قال :

« وينعقد بالماضيين المضافين إلى النفس لا المستقبلين المحضين أو أحدهما إجماعاً ، والمذهب وقول الإمام الناصر : ينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك عرفاً » اهـ .

وصيغة الماضى فى الإيجاب والقبول أكثر الصيغ صراحة فى الدلالة على التراضى ولذا لم يختلفوا فى انعقاد العقد بها وإن اختلفوا فى أى الأعراف جعلها تتمحض للحال أهو عرف الشرع أو عرف الاستعمال . ويرى جمهور الفقهاء أن انعقاد العقد ليس مقصوراً على صيغة الماضى بل ينعقد بكل ما يدل على الرضا عرفاً[١] .

ثانياً — ذهب الحنفية كما سلف — إلى أن صيغ العقود نقلت عن أصل وضعها إلى إنشاء العقد بالشرع — أو العرف الشرعى ، ولذا قال بعضهم : إن صيغة الماضى استعملها الشارع فى انعقاد العقد والبيع إنشاء تصرف شرعى فينعقد بما جاء فى الشرع .

قال البابرتى فى العناية[٢] :

« ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضى والآخر بلفظ المستقبل ، وإنما لا ينعقد بغير الماضى لأن النبي ﷺ استعمل فيه لفظ الماضى الذى يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصراً عليه » اهـ .

---

(١) يراجع المغنى لابن قدامة باب البيع جـ ٤ ص ٥٦٠ وما بعدها والقواعد النورانية لابن تيمية ص ١٠٥ والمجموع للنووى ج ٩ ص ١٩٦

(٢) العناية مع فتح القدير جـ ٥ ص ٧٤ ، ٥ ط ويراجع دور الحكام جـ ٢ ص ١٢٣

وقال الكمال بن الهمام فى فتح القدير(١) :

« والبيع إنشاء تصرف شرعى — أى تصرف يفيد حكما يثبت جبراً - والإنشاء على هذا الوجه لايعرف إلا بالشرع لما فيه من إثبات معنى يكون اللفظ علة له ، والعبد لا يقدر على ذلك وإنما له قدرة الإخبار عن الكائن ، أو ماسيكون ، وإذا كان الإنشاء لم يعرف إلا بالشرع، لم يوضع له فى اللغة لفظ يخصه ، والشرع استعمل فى إثباته لفظ الخبر - أى وضعه علة لإثباته ذلك المعنى عنده فينعقد به . . » اهـ .

ولقد احتج من قال باشتراط صيغة الماضى والاقتصار عليها بأن النبى ﷺ اقتصر عليها فى العقد كما ذكر صاحب العناية ، فأصبحت هذه هى الصيغة الشرعية فى انعقاد العقد دون غيرها إلا أن الكمال بن الهمام يذهب إلى أن ماذكره (صاحب الهداية) فى اشتراط الماضى فى انعقاد العقد فى البيع لأنه إنشاء تصرف شرعى والشرع استعملها فيه فيقتصر عليها ، إنه إن أعطى صيغة الماضى الأولوية فلا يجعل العقد يقتصر عليها ، وإن تمحضت للحال شرعاً ، لأن صيغة الماضى أدل على إرادة المتصرف ورضاه بتصرفه، وتتابجه لكونها أفادت دخول المعنى فى الوجود قبل الإخبار فكانت أنسب من غيرها لإنشاء التصرف ولكن ذلك لا يمنع من استعمال غيرها فى إنشاء العقود إذا استعملت فى ذلك يقول الكمال بن الهمام بعد عبارته المتقدمة :

« وأما تعليله — أى صاحب الهداية — بأن لفظ الماضى أدل على الوجود فإنه لايصدق إلا بتحقق الوجود سابقاً فاختير ، فربما يعطى قصر العلية عليه ، وليس كذلك بل الوجه أنه تعليل أولوية لفظ الماضى بأن يستعمل فيه ، فإنه لايقتصر عليه » اهـ .

---

(١) المرجع السابق .

وذكر مثله صاحب البحر الرائق(١) .

هذا هو ما قاله فقهاء الحنفية فى اشتراط صيغة الماضى فى انعقاد العقد بها لأنها استعملت فى ذلك شرعا والعرف الشرعى هو المسوغ لاستعمالها فيه ، وقد تقدم (فى الخبر والإنشاء) ماقالوه فى ذلك والرد عليه .

وأما الرد على البابرتى فيما ادعاه : من أن النبى ﷺ اقتصر على صيغة الماضى فى انعقاد العقد فيقال فيه :

إن هذه الدعوى فى حاجة إلى دليل يثبت أن النبى ﷺ اقتصر عليها ولم يستعمل غيرها ، وان يجد البابرتى دليلا سوى قوله : أن النبى صلى الله عليه وسلم قد استعملها فى انعقاد العقد ، فيقال له : ورد النبى صلى الله عليه وسلم استعمل صيغة الماضى فى غيرها فى العقود ولم يقتصر عليها ، فقد روى ابن حزم فى المحلى عن ابن عمر رضى الله عنهما حديثاً جاء فيه(٢) :

« كنا مع النبى صلى الله عليه وسلم فكنت على بكر صعب لعمر فكان يغلبنى فيتقدم أمام القوم فيزجره عمر ويرده فقال النبى صلى الله عليه وسلم لعمر : بعنيه ، قال عمر : هو لك يارسول الله ، قال صلى الله عليه وسلم : بعنيه ، فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم - فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد الله بن عمر » اهـ .

وروى عن جابر بن عبد الله رضى الله عنهما حديثاً آخر استعمل فيه صيغة الأمر ولم يستعمل فيه صيغة الماضى ، قال فيه :

---

(١) جـ ٣ ص ٨٧

(٢) المحلى جـ ٨ ص ٣٦١ ، ٤١٨

« إنه كان يسير على جمل قد أعيا ، فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه فدعا فسار سيراً ليس يسير مثله ، ثم قال صلى الله عليه وسلم بعنيه بأوقية فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلي فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدني ثمنه ثم انصرفت فأرسل على أثرى فقال : ما كنت لآخذ جملك فخذ جملك فهو لك » اهـ .

وبذلك ثبت أن الدليل النقلي يخالف ماذكره البابرتي وغيره من فقهاء الحنفية : من أن صيغة الماضي استعملها النبي صلى الله عليه وسلم واقتصر عليها في إنعقاد العقد ولم يستعمل غيرها فالتعليل بأن ثبوتها عن النبي صلى الله عليه وسلم يجعل الإقتصار عليها دون غيرها دعوى لم يقم عليها دليل . وإن كان لصيغة الماضي الأولوية كما ذكر الكمال في الفتح فلم يقتصر عليها .

قال ابن نجيم في البحر الرائق عند قول صاحب الكنز(١) :

البيع يلزم بإيجاب وقبول : « أطلق في الإيجاب والقبول ولم يقيدهما بالماضي كما في الهداية لأن التحقيق أنه لا يتقيد بذلك لانعقاده بكل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين أو حالين كما في « الخانية » لكن ينعقد في الماضي بلا نية وبالمضارع بها على الأصح كذا في البدائع » .

وجاء في الفتاوى الهندية « فصل فيما يرجع إلى انعقاد البيع » :

قال أصحابنا رحمهم الله : « كل لفظين ينبئان عن التمليك والتملك على صيغة الماضي أو الحال ينعقد بهما البيع كذا في المحيط فارسية كانت أو عربية ونحوهما ، كذا في التتارخانية »(٢) .

---

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق جـ ٥ ص ٢٨٥ .
(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٤ .

وقد ذكر الحنابلة مثل ذلك وقد جاء فى القواعد النورانية الفقهية لابن تيمية قوله :

« إن العقود تنعقد بكل مادل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ماعده الناس بيعاً أو إجارة فإن اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ انعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر لا فى شرع ولا فى لغة ، بل تتنوع بتنوع اصطلاحات الناس كما تنوعت لغاتهم وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد » اهـ(١) .

هذا وأما مجال الفعل الماضى فى العقود فإنه يعمل فى جميع العقود خلا الشهادة واللعان كما ذكر القرافى فيما تقدم وغيره من الفقهاء :

ويقول السبكى فى الإبهاج :

« وأما الفعل الماضى فيعمل به فى الإنشاءات خلا الشهادة واللعان فمن الإنشاءات التى يعمل فيها العقود كلها والطلاق »(٢) .

والخلاصة أن العرف هو المحكم فى الألفاظ وماتدل عليه فكل ماينبىء عن معنى انعقاد عقد من العقود فإنه يعتد به لأنه يكون دالا على مايريد الشخص من تصرفات . وإن كان الإيجاب والقبول يغلب استعمال صيغة الماضى فيهما فهذا لايمنع من استعمال غيرهما فى ذلك من الألفاظ التى استعملت فى الإنشاء بحسب العرف(٣) .

---

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٠٥

(٢) الإبهاج شرح المنهاج ج ١ ص ٢٣

(٣) المادة (١٦٨ ، ١٦٩) من مجلة الأحكام العدلية .

٢ — صيغة المضارع :

صيغة المضارع قد تكون صريحة متمحضة للحال ، وقد تكون غير متمحضة للحال فتكون كناية محتاجة إلى النية .

فى الحالة الأولى ينعقد بها العقد إذا اقترن بها ماينبىء عن الحال ككلمة « الآن » كأن يقول المشترى للبائع « أشترى منك الآن » فيقول البائع : « بعت » أو يقول البائع : « أبيعك الآن » فيقول المشترى « اشتريت » .

وكذلك ينعقد العقد بصيغة المضارع إذا انتفت عنه إرادة المساومة والوعد كما لو قال شخص لامرأة : « أتزوجك » فقالت : « قبلت » تم العقد .

وفى الحالتين تدل صيغة المضارع على الحال فتكون صريحة فى انعقاد العقد .

لأن صيغة عقد الزواج الدالة على تحققه إيجاباً وقبولا « أنكحت وزوجت و « زوجنى وانكحنى » فيقول المجيب : « قبلت وزوجت ورضيت » . وذلك لأن النكاح من العقود اللازمة بلا خيار مساومة ولذلك فالألفاظ التى ليست صريحه فى النكاح تجعلها دلالة الحال صريحة فيه . وينعقد بكل لفظ يدل عليه ويعتبره عرف صريحاً فيه .

قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير (١) :

« ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ولزومه

---

(١) ج ٢ ص ٤٤

حكمه جانب الرضا كما نص عليه قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » عدينا ثبوت الانعقاد ولزوم حكم العقد إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساومة للطرف الآخر ، فقلنا : لو قال بالمضارع ذي الهمزة « أتزوجك فقالت : « زوجت نفسي » « انعقد » فقال «فعلت» عند عدم قصد الاستيعاد لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول لأنه يستخبر نفسه عن الوعد وإذا كان كذلك وللنكاح مما لا تجرى فيه المساومة كان للتحقيق فى الحال فانعقد به لا باعتبار وضعه للانشاء بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه واستفادة الرضا منه ، أ هـ .

وصيغة المضارع فى الأصل محتملة للحال والاستقبال كناية وإذا جرى العرف باستعمالها فى الحال كانت صريحة فيما تدل عليه .

يقول ابن نجيم فى البحر الرائق(١) :

(وفى القنية) إنما يحتاج المضارع إلى النية إن لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال بل للوعد والاستقبال فإن كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها » .

وصرح بذلك أيضاً ابن عابدين (فى رد المحتار) فقال(٢) :

« وهما (أى لفظا الصيغة) عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك ماضيين كبعت واشتريت ، أو حاليين كمضارعين لم يقرنا بسوف والسين كأبيعك ، فيقول : اشتريت أو أحدهما ماض والآخر حال ، ولكن يحتاج الأول إلى نية بخلاف الثانى فإنه نوى الإيجاب للحال

---

(١) جـ ٥ ص ٢٨٥

(٢) جـ ٦ ص ١٣ ، ١٤ والمادة (١٧٠) من المجلة .

صح على الأصل وإلا لا ، إلا إذا استعملوه للحال كأهل خوارزم فكالماضى وكأبيعك الآن لتمحضه للحال . اهـ .

فالحنفية يقولون باستعمال صيغة المضارع للحال فى حالة اقترانها بما ينبىء عن الحال من قول أو فعل أو ملابسات الظروف التى جرى فيها التعاقد وانتفى عنها كذلك صفة الوعد أو المساومة .

وكذلك إذا جرى عرف باستعمالها للحال ، كما أفاد ذلك عبارة ابن نجيم ، وصرح به ابن عابدين . وما عدا ذلك فصيغة المضارع محتملة للحال والاستقبال ، وإذا كانت بهذه الصفة لم تكن صريحة بل كناية يرجع فيها إلى النية التى تصاحب العقد أو التصرف للدلالة على الحال .

هذا : وقد صرح الكاسانى فى البدائع بأن : صيغة المضارع وإن كانت تستعمل للحال والاستقبال إلا أنها عند الإطلاق يراد بها الحال عرفاً وشرعاً ولغة . ومثال العرف أن من قال : فلان يفعل كذا ، أو أنا أملك كذا يراد به الحال ، أى يفعل ويملك فى الحال .

ومثال الشرع ، من قال : أشهد أن لا إله إلا الله ، يكون مؤمناً .

ولو قال : أشهد أن لفلان كذا ، يكون شاهداً ، ومن قال : أقر أن لفلان على كذا صح إقراره .

وفى اللغة فان صيغة المضارع موضوعة للحال أصلا لأنه ليس للحال صيغة غيرها ، وللاستقبال السين وسوف ، فكونها للحال هو الأصل والاستقبال دخيلا عليها وعند الإطلاق تصرف صيغة المضارع للحال(١)

(١) بدائع الصنائع جـ ٤ ص ٦٧

وبعد أن يؤكد الكمال ابن الهمام فى فتح القدير والبابرتى فى العناية ، حالية صيغة المضارع ، نجد أن البابرتى يقول : « إن قول الفقهاء : إن المضارع للحال يتنافى مع قولهم إنه يحتاج إلى نية » اهـ .

ومعنى هذا أنه لو كان يدل على الحال صراحة فانه لايحتاج إلى نية لأن ما يحتاج إلى النية لا يكون صريحاً فيادل عليه ، ومالا يحتاج بالعكس .

ويمكن القول : بأن اشتراط النية مع المضارع إذا لم يكن هناك مايجعله يتمحض للحال كالعرف أو اقترنه بلفظ يدل على الحال .

والبابرتى أيضاً مع هذا يرى أنه لا يعتد بالمضارع مع النية إلا فى البيع فقط ، أما فى غيره فلا يعتد به إطلاقاً سواء قارنته النية أو لم تقارنه لأن الأصل عنده هو صيغة الماضى .

ويرى أن لفظ الماضى إن كان من البائع كان وعداً بالبيع وإن كان من المشترى كان مساومة .

أما المالكية :

فان منهم من يرون أن البيع لاينعقد بلفظ المضارع وإنما ينعقد بالماضى فقط ، ثم يعود كثير منهم إلى اعتبار العرف إذا كان دالا على أن صيغة المضارع قد تمحضت للحال فإنها تعتبر فى العقد .

ونذكر بعض ما قالوه فى ذلك .

١ — قال ابن رشد فى بداية المجتهد(١) :

---

(١) جـ ٢ ص ١٤١

« والعقد لا يصح إلا بألفاظ البيع والشراء التى صيغتها ماضية مثل : أن يقول البائع قد بعت منك كذا ، ويقول المشترى قد اشتريت منك » .

٢ — يقول الحطاب فى شرحه على مختصر خليل(١) :

« وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع مثل أن يقول المبتاع — المشترى — بكم ؟ فيقول البائع بدينار فيقول : قبلت ، فيقول البائع : لا أبيعك ، فإن كان فى سوق تلك السلعة فروى أشهب أنه يلزمه البيع ، وروى ابن القاسم يحلف ماساومه على البيع ولا يلزمه » .

ويقول الصاوى فى حاشيته على شرح الدردير(٢) :

« المضارع يحتمل الحال والاستقبال ولم يكن فى العرف دالا على الرضا فقبل الرجوع فيه باليمين » اهـ .

وقبول اليمين بالنسبة لصيغة المضارع كما ذكر الحطاب والصاوى لأنها صيغة محتملة ولو كانت صريحة فى انعقاد العقد لما كان هناك حاجة إلى اليمين وهذا ماروى عن ابن القاسم .

وأما ماروى عن أشهب أنه يلزمه البيع إن كان فى سوق السلعة التى أراد المشترى شراءها ، ورد البائع بصيغة المضارع « لا أبيعك » فإنه يلزمه البيع لأن وقوف البائع بالسلعة فى السوق الذى تباع فيه يدل على أنها معروضة للبيع فإن هذا يجعل الألفاظ المحتملة ينعقد بها العقد إذا دل الحال على أن المراد بها إنشاء العقد .

---

(١) جـ ٤ ص ٢٢٩

(٢) الشرح الصغير مع حاشية الصاوى جـ ٢ ص ٣ ، ٤

ويقول الدردير(١) :

« وأبيعكها بكذا من البائع أو يقول المشترى : أشتريها منك بكذا بالمضارع فيهما ، أو قال المشترى : بعنى بفعل الأمر ، أو قال المشترى : اشترى منى هذه السلعة بكذا فرض الآخر فينعقد البيع .

فان قال المبتدىء بالمضارع أو بالأمر فيهما : لم أرد بذلك إنشاء البيع ، وإنما قصدى الإخبار أو الهزل بالمضارع أو الأمر صدق بيمين فان لم يحلف لزم البيع » .

هذا : وقد تقدم : أن القرافى ذكر فى اعتبار العرف فى إنشائية الصيغة وخبريتها أن العرف إذا كان قد وضع الماضى لإنشاء البيع والمضارع للشهادة واسم الفاعل للطلاق فانه إذا تغير العرف وتغيرت العادة وصار المضارع لإنشاء العقود والماضى للشهادة فإن العرف يعتبر فى ذلك ويصار إليه ولا يجوز اعتبار العرف الأول ، فالاعتبار فى الحالين يرجع إلى العرف . وقد صرح بذلك غير واحد من فقهاء المالكية فقالوا : إن البيع ينعقد بما يدل على الرضا من الجانبين عرفاً(٢) .

وهذا يتفق مع ما ذكره بعض الحنفية — فيما تقدم — وما صرح به ابن تيمية — رحمه الله — فى الحديث عن صيغة الماضى . وقال : هذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد رضى الله عنهما .

وقال الشوكانى من الزيدية فى الدر البهية : فى أول كتاب البيع(٣) :

---

(١) المرجع السابق .

(٢) يراجع شرح الخرشى على خليل جـ ٥ ص ٥

(٣) الدرارى المضية شرح الدرة البهية للشوكانى جـ ٢ ص ٩٦

« المعتبر فيه مجرد التراضى ولو بإشارة من قادر على النطق » .

ثم قال فى شرحه عليه : أما كون المعتبر فيه مجرد التراضى ولو بإشارة من قادر على النطق فلكونه لم يرد ما يدل على ما اعتبره بعض أهل العلم من ألفاظ مخصوصة، وأنه لا يجوز البيع بغيرها ، ولا يفيدهم ماورد فى الروايات من نحو بعتك وبعت منك فإننا لا ننكر أن البيع يصح بذلك ، وإنما النزاع فى كونه لا يصح إلا بها ، ولم يرد فى ذلك شىء . وقد قال الله تعالى « تجارة عن تراض منكم ».

فدل ذلك على أن مجرد التراضى هو المناط ، ولابد من الدلالة عليه بلفظ أو إشارة أو كناية بأى لفظ وقع، وعلى أى صفة كان وبأى إشارة مفيدة حصل . وقال صلى الله عليه وعلى آله وسلم « لا يحل مال أمرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه » فإذا وجدت طيبة النفس مع التراضى فلا يعتبر غير ذلك أهـ . وفى المادة (١٧٠) من مجلة الأحكام العدلية « وينعقد البيع بصيغة المضارع أيضاً إذا أريد بها الحال كأبيع واشترى ، وإذا أريد بها الاستقبال لا ينعقد » .

٣ — صيغة الأمر :

للعلماء فى انعقاد العقد بصيغة الأمر آراء وهى كالآتى :

أولا : يرى المالكية أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد ، وإن كانت ليست صريحة فى ذلك ولكن دلالة العرف على أنها ينعقد بها العقد جعلتهم يعتبرونها صالحة له لأنها حينئذ تدل على الرضا . فإذا قال المشترى : بعنى هذه السلعة فقال البائع : قد بعتها ، فقد ذكر ابن رشد أن مالكا رضى الله عنه

يرى أن البيع قد وقع ويلزم المشترى الثمن إلا إذا أتى فى ذلك بعذر فلا يلزمه الثمن وأخذ المبيع[١].

وفى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير[٢]:

« المطلوب فى انعقاد البيع ما يدل على الرضا ، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه ، لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً وإن كانت فى أصل اللغة محتملة ، والأمر كبعنى إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له والتماسه منه إلا أنه محتمل لرضاه وعدمه لكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوى مع الماضى » اهـ .

وذكر الصاوى فى حاشيته عند كلامه عن صيغة الأمر[٣]:

« فينعقد بها — أى صيغة الأمر — البيع عندنا خلافاً للشافعية ، ووجه ذلك أن العرف دل على رضاه به وإن كان ليس صريحاً فى إيجاب البيع لاحتمال أمره به » .

وقال أيضاً : « والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع فهو يحتمل الرضا به وعدمه ولكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوى مع الماضى ولا يقبل رجوعه عنه ولو حلف » اهـ .

ويؤكد الحطاب أن العرف دل على أن صيغة الأمر فى البيع تدل على إرادة البيع والرضا به حيث قال[٤]:

---

(١) بداية المجتهد ج ٢ ص ١٤٤

(٢) ج ٣ ص ٣ ، ٤

(٣) ج ٢ ص ٣

(٤) ج ٤ ص ٢٢٩ ، ٢٣٠

« فإن قوله المشترى لمن بيده سلعة : (بعنى هذه بعشرة) لايدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشترى ، لأنه إما أمر للبائع أو ملتمس منه ذلك ويحتمل أن يكون راضياً أو غير راض به ، ولكن العرف دل على أن قائل ذلك طالب يريد البيع ورضى به لأن بعنى صريحاً فى أمر المشترى للبائع بالبيع واستيفاؤه منه ، وطلبه له وإرادته إياه ، وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراده من وجود البيع » اهـ .

وهذا الذى ذكرنا عن المالكية يبين وجهة نظرهم فى اعتبار العرف دالا على تمحض صيغة الأمر فى الدلالة على طلب البيع والرضا به ، وإن كانت من المحتملات إلا أنها أصبحت صريحة بالعرف فى ذلك .

ثانياً : يرى بعض الحنفية أن صيغة الأمر لا ينعقد بها العقد فى كل العقود لأن صيغة الأمر عندهم للاستقبال وليست متمحضة للحال بخلاف الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد رضى الله عنهم أجمعين .

قال السرخسى فى المبسوط(١) :

« ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما : بعنى ، والآخر : اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح والشافعى يسوى بينهما » اهـ .

وقال الكاسانى فى البدائع(٢) :

« وهل ينعقد بصيغة الاستقبال بأن يقول المشترى للبائع بع عبدك

---

(١) جـ ١٢ ص ١٠٨

(٢) جـ ٥ ص ١٢٣

هذا منى بكذا ، فيقول : بعت . قال أصحابنا — رحمهم الله — لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت ، وكذا إذا قال البائع المشترى : اشترى منى هذا الشىء بكذا ، فقال : اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت . عندنا وعند الشافعى — رحمه الله تعالى — ينعقد » اهـ .

فالسرخسى كما رأينا يقول بعدم انعقاد العقد بها إلا فى النكاح ، والكاسانى يذكر عن الحنفية أنه ينعقد بها إذا أعلن المشترى قبوله للبيع بعد رد البائع بالإيجاب ، إذا طلب المشترى منه البيع بصيغة الأمر ، وكذلك إذا طلب البائع شراء سلعته بصيغة الأمر وأجاب المشترى بالقبول لا ينعقد ما لم يقل البائع بعت . وذلك لأن صيغة الأمر عندهم تدل على المساومة ، كما أنها طلب للإيجاب والقبول ، ولذا لا ينعقد بها العقد ، لأن إنشاء العقد أو التصرف الشرعى الذى يفيد حكما شرعياً جبراً لا يعرف إلا بالشرع فلا ينعقد بغير الألفاظ التى استعملها الشارع فى العقد .

ويزيد البابرتى أنه لا يصح البيع بلفظ الأمر ولو نوى به البيع لأن النية لا تؤثر إلا فى الألفاظ المحتملة ، ولفظ الأمر غير محتمل بحال لأنه لا يدل إلا على طلب الإيجاب والقبول ، كما أنه يدل المساومة وهى لا تدل على الرضا .

هذا ، وقد استثنى الكمال بن الهمام لفظ (خذ) ويقول : « إنها تدل على استدعاء سابقة البيع فكان كالماضى ، إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء « خذ بحسب الاقتضاء » .

أما عقد النكاح الذى قالوا : بصحة انعقاده بصيغة الأمر فنراهم يعللون ذلك بأن النكاح تنتفى فيه المساومة ، فلو قال لامرأة « زوجينى نفسك » فقالت : زوجتك ينعقد العقد استحساناً والقياس أن لا ينعقد ، لأن لفظ الأمر عدة وطلب الإيجاب والقبول .

واستدلوا على ذلك بما روى : أن بلالا — رضى الله عنه — خطب امرأة من الأنصار فقال لهم : زوجونى ، فأبوا أن يزوجوه ، فقال لهم : لولا أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أمرنى أن أخطب إليكم لما خطبت ، فقالوا : أملكت ، ولم ينقل أن بلالا أعاد القول ولو فعل لنقل ، ولأن الظاهر أنه أراد الإيجاب .

وجاء فى حديث سهل بن سعد فى قصة المرأة التى وهبت نفسها للنبى ﷺ فلم يقبلها . فقال له رجل من الأنصار : « زوجنيها يا رسول الله ، فراجعه النبى صلى الله عليه وسلم فيما يعطيها إلى أن قال : زوجتكها بما معك من القرآن ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم قول الرجل زوجنيها مع قوله صلى الله عليه وسلم زوجتكها عقداً واقعاً(١) .

فقد اعتبر الحنفية صيغة الأمر فى عقد الزواج شطر العقد لأنه بعيد عن المساومة بخلاف البيع ، كما أن صيغته تدل على طلب النكاح وإنشاء عقد الزواج بعد طلبه وهذا يدل على الرضا الذى يسبق الطلب فيتم به العقد على اعتبار أنه إيجاب . كما ذكر الحنفية أن الزواج ينعقد بكل لفظ دل العرف على أنه يستعمل لمعنى الزواج وكان دالا عليه ، ولوكان من الألفاظ التى جرت على ألسنة العوام مصحفة غير فصيحة مثل « جوزنى وجوزت وتزوجت » إذا تعارف الناس هذه الألفاظ فى الدلالة على إنشاء عقد الزواج لأنها صارت حقيقة عرفية يراد منها عند الإطلاق إنشاء عقد

---

(١) البدائع ج ٢ ص ٢٣٣ وأحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٧٣

ويراجع أحكام المعاملات الشرعية للشيخ على الخفيف ص ٢٢٣

الزواج. وهذا قد صرح به علاء الدين الحصكفي في الدر المختار، وذكر أنه أفتى به أبو السعود رحمه الله، وذكر ابن عابدين في «نشر العرف» أنه أفتى به خير الدين الرملي، وهو الذي قال به ابن عابدين في رد المحتار حيث قال :

«إذا قال للعامي : جوزت بتقديم الجيم أو زوزت بالزاي قاصداً معنى النكاح يصح، ولا شك أن لفظ «جوزت وزوزت» لا يفهم منه العاقدان والشهود إلا أنه عبارة عن التزوج، ولا يقصد منه إلا ذلك المعنى بحسب العرف» اهـ.

وهذا التصريح من فقهاء الحنفية بأن العرف جعل الألفاظ المصحفة يصح بها النكاح إذا كان لا يفهم منها إلا معنى التزويج، يمكن أن يقال مثله في عقد الزواج وغيره من العقود بلفظ الأمر إذا دل العرف على المراد منه كما ذكر المالكية وغيرهم، وبذلك نخرج عن الناحية الشكلية في الألفاظ وتصبح شاملة لكل ما دل العرف على معناه في أي عقد كان.

ثالثاً : رأي الشافعية :

ذكر ابن رشد في بداية المجتهد في حديثه عن انعقاد البيع بصيغة الأمر: أن الشافعي — رضي الله عنه — قال : إنه لا يتم — أي البيع — حتى يقول المشتري : اشتريت[1].

كما ذكر مثله الكاساني من الحنفية عن الشافعي.

ذكر السرخسي — كما تقدم — ما يفيد خلاف ذلك حيث قال «لو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما «بعني» ويقول الآخر

(١) بداية المجتهد جـ ٢ ص ١٦٤

اشتريت لا ينعقد البيع عندنا بخلاف النكاح ، والشافعي — رحمه الله — يسوي بينهما » .

وهذا التردد في النقل عن الشافعي جعلنا نرجع إلى ما ذكره الشافعية مثل الشيرازي في المهذب وغيره فقد وجد أن الرأي الغالب هو انعقاد العقد بصيغة الأمر إذا انتفى عنها ما يدل على المساومة وكانت دالة على الرضا(١) .

ويقول الشيخ زكريا الأنصاري في شرح البهجة لابن الوردي(٢) :

« وإنما ينعقد البيع إذا لم يك ضمنياً بإيجاب من البائع وقبول من المشتري لأن البيع منوط بالرضا — لما مر — والرضا أمر خفي لأنه ميل النفس فاعتبر لفظ يدل عليه ، (وذا) أي الإيجاب كبعت ، أو ملكت أو شريتك بعني بعتك أو هذا مبيع منك أو أنا بائعة لك ونحوهما . . . وكذا قوله « اشتر مني فإنه استدعاء جازم فقام مقام الإيجاب لدلالته على الرضا بخلاف أتشتري مني ، أو اشتريته مني لأنه مجرد استبانة لرغبة المشتري » .

ويقول الرملي في نهاية المحتاج :

« ولو قال : بعني أو اشتر مني هذا بكذ فقال : بعتك أو اشتريت انعقد البيع في الأظهر لدلالة ذلك على الرضا فلا يحتاج بعده لنحو اشتريت أو ابتعت أو بعتك . واحتماله لاستبانة الرغبة بعيد »(٣) .

كما ذكر أن النكاح ينعقد بلفظ الأمر للاستدعاء الجازم الدال على

---

(١) يراجع المهذب للشيرازي ج ١ ص ٢٥٧

(٢) ج ٢ ص ٣٨٩

(٣) نهاية المحتاج شرح المنهاج ج ٣ ص ٣٧٨

الرضا ، ولو كانت فى الصيغة تصحيف أو خطأ لغوى لا يخل بالمعنى فإنه لا يضر لأن المدار فى الصيغة على المتعارف فى محاورات الناس ، ولو من العاوف بذلك التصحيف والخطأ(١) .

والذى نقوله بعد ذلك أن الغالب عند الشافعية أنه ينعقد العقد بصيغة الأمر وبكل ما يدل على الرضا لأنه يتضمن الإيجاب والقبول عرفاً . وصححه ابن السبكى فى الإبهاج .

هذا : والإمام أحمد فى ذلك قولان : أحدهما يتفق مع المالكية والشافعية والآخر يتفق مع ما ذكره بعض الحنفية قال ابن قدامه فى المغنى(٢) :

« وإن تقدم — أى المشترى — بلفظ الطلب فقال : بعنى ثوبك ففيه روايتان أحدهما : يصح كذلك هو قول مالك والشافعى ، والثانيه لا يصح وهو قول أبى حنيفة » اهـ .

وقال صاحب جواهر العقود : « وينعقد البيع بلفظ الاستدعاء عند الأئمة الثلاثة كبعنى فيقول : بعتك وعند أبى حنيفة لا ينعقد »(٣) .

وقد ذكر الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى كتابه « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى(٤) : « أن صيغة الأمر ينعقد بها العقد عند الأئمة جميعاً ما عدا أبا حنيفة ، وصيغة الماضى ينعقد بها العقد عند الجميع بلا خلاف ،

---

(١) نهاية المحتاج جـ ٥ ص ٢١١ — ٢١٣

(٢) المغنى لابن قدامة جـ ٤ ص ٣ ، ٤

(٣) جواهر العقود لشمس الدين محمد بن أحمد المنهاجى الأسيوطى جـ ١ ص ٥٧

(٤) جـ ١ ص ٩٩

وصيغة المضارع يجب اقترانها بالنية لانعقاد العقد بها ولا ينعقد بصيغة الاستفهام ولا بصيغة الاستقبال . ثم قال : وهذه هي خلاصة الفقه الإسلامي في هذه المسألة وبها أخذ التقنين المدني العراقي في المادة (٧٧) إذ تجري على الوجه الآتي :

١ — الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول .

٢ — ويكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة الأمر إذا أريد به الحال » .

وفي المادة (١٧٢) من مجلة الأحكام العدلية :

« لا ينعقد البيع بصيغة الأمر أيضاً كبع واشتر إلا إذا دلت بطريق الاقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها البيع ، فلو قال المشتري بعني هذا الشيء بكذا من الدراهم وقال البائع بعتك لا ينعقد البيع .

أما لو قال البائع للمشتري خذ هذا المال بكذا من الدراهم ، وقال المشتري : أخذته » أو قال المشتري أولا . أخذت هذا الشيء بكذا قروشاً ، وقال البائع خذه او قال : الله يبارك لك فيه أو مثله انعقد البيع ، فإن قوله خذه والله يبارك ههنا بمعنى أنا بعت فخذ » اهـ .

٤ — صيغة الإستفهام :

صيغة الاستفهام مثل هل تبيعني كذا؟ أو أتبيعني كذا ؟ قد تكون مجردة مما يمحضها للحال وقد يقترن بها ما يجعلها متمحضة للحال .

أما الأولى وهى المجردة ، فإنها لا تدل على انعقاد العقد لأنها سؤال الإيجاب والقبول ، وليست إيجاباً ولا قبولا .

وحكى كثير من الفقهاء الاتفاق على عدم انعقاد العقد بها ، وأنها إذا تقدمت على الإيجاب والقبول فلا اعتداد بها ما لم يأتى بعدها ما يدل على الإيجاب والقبول من البائع والمشترى (١) .

قال الشيخ زكريا الأنصارى فى شرح التحفة :

« وكذا : اشتر منى فإنه استدعاء جازم فقام مقام الإيجاب لدلالته على الرضا بخلاف : أتشترى مني أو اشتريته منى ؟ لأنه مجرد استبانة لرغبة المشترى » اه .

ولكن إذا قال المشترى : أتبيعنى هذا الشىء ؟ بصيغة الاستفهام فقال البائع بعت فلا ينعقد البيع حتى يقول المشترى قبلت .

وكذلك إذا قال المشترى : أتشترى منى هذا بكذا فقال المشترى اشتريت فلا يتم حتى يقول البائع بعت .

وقال ابن قدامة فى المغنى « إن العقد بصيغة الاستفهام لا يصح نص عليه أحمد — رضى الله عنه — وبه قال أبو حنيفة والشافعى — رضى الله عنهما — ولا يعلم عن غيرهم خلافاً »(٢) .

---

(١) يراجع المبسوط للسرخسى جـ ٥ ص ١٣٣ ، ١٣٤ وشرح البهجة للشيخ زكريا الأنصارى جـ ٢ ص ٣٨٩ ونهاية المحتاج جـ ٣ ص ٣٣٨

(٢) المغنى جـ ٤ ص ٣

وأما الثانية وهى صيغة الاستفهام المقترنة بما يدل على أنها متمحضة للحال فقد ذكر الكمال بن الهمام أنه ينعقد بها العقد حيث قال :

« إنه لو قال هل أعطيتنيها ، فقال : أعطيت ، إن كان المجلس للوعد فوعد وإن كان للعقد فعقد »(١) .

فما يقترن بصيغة الاستفهام من القرائن والأحوال يجعلها تتمحض للحال وتصبح صالحة لانعقاد العقد .

هذا : وما تقدم عن المالكية وغيرهم كالشوكانى من أنه ينعقد العقد بكل ما يدل على الرضا عرفاً ، وكل ما يفهم منه الإيجاب والقبول يلزم به البيع وسائر العقود . فالعرف والقرائن تسوغ انعقاد العقد بصيغة الاستفهام ويخرجها عن أصل وضعها ودلالتها على سؤال الإيجاب أو القبول ، إلى الدلالة على الإيجاب والقبول كما نقل العرف دلالة غيرها من الصيغ إلى الدلالة على معان جديدة — كما تقدم فى أكثر من موضع .

٥ — صيغة الإستقبال :

للاستقبال نوعان من الصيغ :

١ — صيغة المضارع المبدوء بالسين وسوف عند الجميع .

---

(١) فتح القدير ج ٢ س ٣٤٤

(٢) ج ٣ س ٤ .

٢ — صيغة الأمر عند الحنفية كما تقدم ، وقد ذكر ما فى صيغة الأمر من خلاف » .

أما المضارع المقرون بالسين وسوف فقد تمحضت صيغته للاستقبال ولذا لا تصلح فى الدلالة على انعقاد العقد لأن قول المشترى « سأشترى » أو « سوف أشترى » وكذا قول البائع : سأبيع أو سوف أبيع بمجرد وعد بالبيع أو الشراء ولا تحتمل أكثر من هذا .

وقد جاء فى الفتاوى الهندية . . . « وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف فلا ينعقد به »(١) .

وقد أخذت ذلك مجلة الأحكام العدلية فى المادة (١٧١) .

« صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشترى لا ينعقد بها البيع » اهـ .

٦ — الجمل الإسمية :

إن المتتبع لما ذكره الفقهاء يجد أن الجمل الإسمية ينعقد بها العقد إذا جرى العرف باستعمالها فى انعقاد العقد أو قامت القرينة على انعقاده بها .

والجمل الإسمية مثل : « أنت بائع أنا مشتر » تفيد الخبرية فى الأصل ، فإذا جرى العرف بإفادتها الإيجاب والقبول انعقد بها العقد ، أما لو قال : أنت بائع ؟ على الإستفهام لم يكن ذلك إيجاباً وقبولا .

---

(١) جـ ٣ ص ٤

وقد تكون الجملة الإسمية متمحضة للحال مثل أن يقول البائع : « هذه السلعة بكذا، أو أنا بائع بكذا فخذها ». فيقول المشترى قبلت «أو أنا مشتر لها بكذا» فيقول البائع « قبلت » .

والقرينة والعرف يمحضان الجمل الإسمية للحال إذا كانت محتملة ، ففى القرينة يقول الكمال بن الهمام - فى فتح القدير : «ولو قال باسم الفاعل فكذلك عند أبى حنيفة ، إذا قال : « جئتك خاطباً إبنتك . . فقال الأب زوجتك فالنكاح لازم وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم المساومة فيه» اهـ(١) .

وفى القرينة والعرف يقول الحطاب : « وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم بها بمجردها حتى يتنزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع » اهـ .

فظروف النكاح ودلالة العرف أو القرينة فى الألفاظ المحتملة يجعل الجمل الإسمية تتمحض للحال فينعقد بها العقد دون البحث عن النية كما فى صيغة الماضى وهذا هو ما صرح به القرافى كما تقدم والمفهوم من عبارة الحطاب وغيره ، وبهذا تبين أثر العرف فى صيغ التصرف . واستعمالها من حيث كونها خبراً أو إنشاء صريحاً أو كناية متمحضة للحال أو غير متمحضة .

ثانيا : ما يقوم مقام الصيغة اللفظية :

الرسالة والكتابة والإشارة ، والدلالة . .

لقد تبين فى الحديث عن صيغة التصرف وأقسامها أن حديث الفقهاء

---

(١) جـ ٢ ص ٣٤٤

عنها كان يذهب بهم جميعاً إلى أنه لابد أن يتوفر فى صيغة التصرف الآتى :

١ — ظهور المعنى وتوافق الإيجاب والقبول .

٢ — جزم الإرادتين .

ولكن الفقهاء قالوا أيضاً : إن النطق باللسان ليس طريقاً حتمياً لظهور إرادة العاقدين بصورة قاطعة ، وإن كان النطق باللسان هو الأصل فى التعبير عن الإرادة والرضا . فقد يقوم مقام النطق مايدل على الرضا ويعبر عنه تعبيراً كافياً . . وعلى هذا قرر الفقهاء : أنه يقوم مقام النطق باللسان الرسالة والكتابة والإشارة والدلالة (المعاطاة) أو الفعل .

أولا : الرسالة والكتابة :

لقد اشترط فى صيغة العقد أنه لابد من اقتران الإيجاب والقبول فى مجلس واحد فإذا أوجد أحد العاقدين والآخر غائب عن المجلس ولكن بلغه ذلك وقبل وعاد بالقبول منه رسول إلى مجلس البائع ، أو حضر القابل أو كتاب منه فيكون ذلك هو نقل الإيجاب مادياً إلى مجلس القبول وبذلك يقع اقتران الإيجاب بالقبول فى مجلس واحد .

وإذا أرسل العاقد رسولا يبلغ إيجابه فالرسول ليس إلا ناقلا للقبول من العاقد فهو يقتصر على ذلك وينعقد البيع إذا بلغ الرسول الإيجاب للعاقد الآخر فقبله فى مجلس أداء الرسالة وعلى ذلك فاتصال لفظ العاقد الآخر بلفظ الرسول يعتبر اتصالا حكمياً بلفظ الموجب .

وإذا بلغ الإيجاب أحد بغير أمر الموجب وقبل العاقد الآخر لم ينعقد

البيع لأن المبلغ ماهو إلا فضولى وليس برسول . ولو أمر الموجب غير الرسول الذى جاءه بتبليغ إيجابه فقد أظهر الرضا بالتبايع فإن قبل العاقد الآخر انعقد البيع .

وأما الكتابة فهى : أن يكتب العاقد للعاقد الآخر كتاباً يطلب فيه الشراء ويكتب الآخر كتاباً بإيجابه فيكون هذا كما لو تشافها بالإيجاب والقبول نطقاً . وجاء فى المادة (١٧٣) من مجلة الأحكام العدلية : « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة أيضاً » اهـ .

وقال الكاسانى فى البدائع :

« أما الرسالة فهى أن يرسل رسولا إلى رجل يقول للرسول : إنى بعت عبدى بكذا ، فذهب الرسول وبلغ الرسالة . فقال المشترى فى مجلسه ذلك (قبلت) انعقد البيع ، لأن الرسول سفير ومعبر عن كلام المرسل ناقل كلامه إلى المرسل إليه فكأنما حضر بنفسه فأوجب البيع وقبل الآخر فى المجلس ، وأما الكتابة فهى أن يكتب الرجل إلى رجل : أما بعد فقد بعت عبدى فلاناً منك بكذا . فجاء فقال فى مجلسه : « اشتريت » ، لأن خطاب الغائب كتابة ، فكأنما حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر فى المجلس » اهـ (١) .

وقال الكمال فى فتح القدير فى الكتابة بصيغة الأمر :

« ولو كان المكتوب بعنيه بكذا فكتب بعتكه لا يتم مالم يقل الأول : قبلت ، وأما ماذكر فى « المبسوط » لو كتب إليه بعنى بكذا فقال : بعته

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ١٣٨

يتم البيع . فليس مراد (محمد) من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود لإيجاب اللفظ الذى ينعقد به البيع ، وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فيعنى من الحاضر يكون استيلها عادة . وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد » اهـ (١) .

فالكمال بن الهمام هنا يذكر الفرق بين انعقاد العقد بصيغة الأمر من الحاضر — وقد تقدم أن الحنفية ذكروا أنها تستعمل فى أضيق الحدود — وأما انعقاده بها بالكتابة فقد اعتبروه جائزاً لأنها أحد شطرى العقد . وذلك جعلها تتمحض للحال . ويذكر أيضاً أن محمد بن الحسن فرق بين البيع والنكاح بالكتابة : فالبيع ينعقد بالكتابة بصيغة الأمر ، وأما النكاح مع قولهم بانعقاده بصيغة الأمر من الحاضر . فقد قال : إنه لا ينعقد بها لأنه لابد من الشهود .

وقد ذكر ابن عابدين : « أن الكتاب كالخطاب إلا فى النكاح ، فإنه فى البيع كما ذكر لو بلغه الكتاب ولم يجب فى المجلس الذى بلغه فيه لم ينعقد البيع ، وفى النكاح لو كان الخاطب حاضراً فخاطبها بالنكاح فلم تجب فى مجلس الخطاب ثم أجابت فى مجلس آخر فان النكاح لا يصح لأن ما تكلم به لا يبقى إلى المجلس الآخر . وهذا التعليل يجرى فى البيع أيضاً فيقال : ما أتكلم به لا يبقى إلى المجلس الآخر فكان من حقه أن لا ينعقد أيضاً إلا أن يجاب بالفرق الواضح بين النكاح والبيع » .

أما فى الكتاب فاذا بلغها وقرأته ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود

---

(١) فتح القدير جـ ٥ ص ٤٦١

وسمعوا كلامها وما فى الكتاب يصح النكاح لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب ، والكتاب باق فى المجلس الثانى فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وسماع الشهود ما فيه فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر .

والذى استظهره ابن عابدين : أن البيع كالنكاح ، فاذا لم يجب فى البيع فى أول مجلس لبلوغ الكتاب فان الكتاب باق بحيث إذا قرىء فى مجلس ثان فقبل العاقد الآخر انعقد العقد(١) .

وقال الشيخ خليل وشارحه :

« ينعقد البيع بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما .... »

وقال الدسوقى : « قوله : بما يدل » أى عرفاً سواء دل على الرضا لغة أيضاً أولا كبعت واشتريت وغيره من الأقوال كالكتابة والإشارة والمعاطاة .. وقوله : منهما أو من أحدهما : راجع للقول وما بعده أى قول من الجانبين أو كتابة منهما أو قول من أحدهما وكتابة من الآخر أو إشارة منهما أو من جانب . وقول أو كتابة من الآخر » اهـ (١) .

هذا هو رأى فقهاء المالكية وهو صريح فى انعقاد البيع بالكتابة وهم بذلك يوافقون الحنفية فيما ذكروه .

أما الشافعية . فقد نقل عنهم قولان فى المذهب ، قول راجح ذكر

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ج ٤ ص ١٤ ، ١٥

(٢) الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣ ويراجع شرح الخرشى ج ٣ ص ٢٦١

فى المهذب ، وهو : أنه لا يصح انعقاد البيع بها مع القدرة على النطق ، ولا ضرورة لمن قال بانعقاده بالكتابة للضرورة قال الشيرازى فى المهذب :

« وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة ففيه وجهان (أحدهما) ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة و (الثانى) لا ينعقد وهو الصحيح لأنه قادر على النطق فلا ينعقد البيع بغيره ، وقول القائل الأول : إنه موضع ضرورة لا يصح لأنه يمكن أن يوكل من يبيعه بالقول » .

وقال النووى فى شرحه على المهذب :

« إن البيع بالكتابة مفرع على الطلاق هل يقع بالكتابة أو لا يقع فيه خلاف والأصح صحته ووقوعه . . فان قلنا : لا يصح الطلاق فهذه العقود - يقصد البيع والإجارة ونحو ذلك - أولى أن لا تنفذ ، وإن قلنا بالصحة ففى البيع ونحوه الوجهان فى انعقاده بالكتابة مع النية وهذان الوجهان ذكرهما المصنف بدليلهما أصحهما عند المصنف لا يصح .

ثم قال النووى . . والثانى وهو الأصح : أنه يصح البيع ونحوه بالمكاتبة لحصول التراضى لاسيما وقد قدمنا أن الراجح انعقاده بالمعاطاة »(١) .

فالراجح كما ذكر النووى والأصح فى مذهبه هو انعقاد البيع ونحوه بالكتابة حيث أنها تدل على التراضى عرفاً ، وقد صرح بذلك الغزالى والرافعى ، وهو الموافق لما ذكره الحنفية والمالكية ، وما استظهره

---

(١) المجموع للنووى شرح المهذب ج ٩ ص ١٦٧

ابن عابدين من الحنفية . . بأنه لو بلغه الكتاب ولم يجب فى المجلس الأول وقرىء فى المجلس الثانى وأجاب انعقد العقد ، وذلك لأن الإنسان قد لا يستطيع الإجابة فوراً ويحتاج إلى التمهل والنظر بعض الوقت ، فحينئذ يكفى التواصل اللائق عرفاً بين الكتاب وجوابه فاذا طالت الفترة بينهما حتى أصبح الكاتب لا ينتظر جواباً ثم أجاب بعد ذلك، فالذى يجب اعتباره حينئذ أنه لا يصح ولا ينعقد العقد . وهذا هو رأى بعض الشافعية .

وذكر النووى : أنه يشترط لصحة البيع بالكتابة أن يقبل العاقد ما جاء فى الكتاب بمجرد اطلاعه على الكتاب فى الأصح ، وفى غير الأصح لا يشترط القبول ، بل يكفى التواصل اللائق بين الكتابين وذكر النووى أنه وجه ضعيف » .

ثم ذكر النووى : أنه اختلف فى انعقاد النكاح بالكتابة عند الشافعية كاختلافهم فى البيع والمذهب لا يصح لأن الشهادة شرط فيه ولا اطلاع للشهود على النية ، ولو قالا بعد المكاتبة نوينا كانت شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد فلا يصح ومن جوزه اعتمد الحاجة .

وقد قالوا « وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبة فليكتب زوجتك ابنتى ويحضر الكتاب عدلان ولا يشترط أن يحضرها ولا أن يقول لهما : اشهدا بل لو حضرا بأنفسهما كفى فاذا بلغ الكتاب الزوج فليقبل لفظاً ويكتب القبول ، ويحضر القبول شاهدا الإيجاب فان شهده آخران فوجهان : أصحهما : لا يصح لانه لم يحضر شاهداه . . والثانى : الصحة لأنه حضر الإيجاب والقبول شاهدان ، ويحتمل تغايرهما كما احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول ثم إذا قبل لفظاً أو كتابة يشترط كونه على الفور ، هذا هو المذهب وفيه وجه ضعيف كما سبق فى البيع » اه .

وقد اشترط الفقهاء فى الكتابة أن تكون مستبينة ومرسومة ، ومعنى كونها مستبينة أن تكون مكتوبة على شىء تظهر وتثبت عليه ، وأن تبقى صورتها بعد الإنتهاء منها ، ومعنى كونها مرسومة : أن تكون مكتوبة بالكتابة المعتادة بين الناس بحيث تقرأ ويفهم المراد منها عرفاً وعادة وأن تكون مصدرة باسم المرسل والمرسل إليه ومختومة أو موقعة من المرسل منه .

وفى زماننا أصبح يكتفى فى الكتابة أن تصدر باسم المرسل إليه فقط مع توقيعها أو ختمها باسم المرسل منه فى نهايتها كما هو المعتاد اليوم .

والكتابة معتبرة بأى لغة كانت مادامت مفهومة ولايشترط فى الإنعقاد بها عجز العاقدين عن النطق بل يصح وإن كانا قادرين عليه ، وهذا الحكم يسرى فى كل العقود ماعدا عقد الزواج فى حال اجتماع الطرفين فى مكان واحد فانه لاينعقد العقد بالكتابة منهما إلا إذا كانا عاجزين عن النطق .

وفى الرسالة والكتابة تتمحض الصيغة للحال إذا كانت فى ذاتها من الحاضر لاتتمحض للحال لأنها من الحاضر قد تدل على السوم فى العادة .. أما من الغائب فأحد شطرى العقد كما تقدم[1] .

ثانيا : الإشارة :

للعلماء فى انعقاد العقد بالإشارة مذهبان :

١ ـ مذهب المالكية : وهو يجيز انعقاد العقد بالإشارة من الأخرس وغير الأخرس طالما كانت الإشارة تدل على المراد عرفاً .

---

(١) يراجع سوى ماتقدم تبيين الحقائق وحاشية الشلبى عليه جـ ٤ ص ٤ وجـ ٦ ص ٢١٨ فى « بحث مسائل شتى » .. والأشباه للسيوطى ص ٣٠٨ والمدخل الفقهى العام للزرقا جـ ١ ص ٣١٣

وقد تقدم فى الكتابة عن الشيخ خليل وشارحه « أن العقد ينعقد بما يدل على الرضى عرفاً سواء دل عليه لغة أو دل عليه بالكتابة أو الإشارة أو المعاطاة » ولم يقيدوا الإشارة بالأخرس كما قيدها غيرهم فاشارة غير الأخرس معتبرة عندهم .

وجاء فى شرح الحطاب على خليل :

وعلم أيضا : أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك وهى أولى بالجواز من المعاطاة لأنها يطلق عليها أنها كلام . قال الله تعالى: (آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا) والرمز بالإشارة، وغير الأخرس ، كالأخرس ، قال أبو الحسن فى شرح مسألة المدونة المذكورة ، ونصه : « وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه الإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها ، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود اه(١) .

٢ — مذهب الحنفية والشافعية : ومن وافقهم . . : فقد قالوا بانعقاد العقد بالإشارة من الأخرس فقط ، لأن العاقد إذا كان قادراً على الكلام فلا يقبل منه غيره لأن الإشارة لا تغنى عن العبارة ويتعاقد الأخرس بإشارته المفهومة لأن العقد بها لا يقبل إلا منه سواء كان خرسه منذ ولده أو كان عارضاً ودام حتى وقع اليأس من كلامه .

قال صاحب البدائع من الحنفية(٢) :

---

(١) الحطاب على خليل ج ٤ ص ٢٢٩ والدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٣

(٢) البدائع ج ٥ ص ١٣٥

ـ وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ولا لنفاذهما وصحتهما
ز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك لأنه إذا
ت الإشارة مفهومة فى ذلك قامت مقام عبارته ، هذا إذا كان الأخرس
ـلياً بأن ولد أخرس . فاذا كان عارضاً بأن طرأ عليه الخرس فلا .
ما إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة فيلحق
لخرس الأصلى » اهـ .

وقالت المادة ١٧٤ من المجلة « ينعقد البيع بالإشارة المعروفة الأخرس » .

وقال ابن نجيم فيمن انعقد لسانه بعد أن كان يتكلم :

« وأما إشارة غير الأخرس فإن كان معتقل اللسان ففيه خلاف والفتوى على أنه إن دامت العقلة إلى وقت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة وهو ضعيف وإن لم يعتقل اللسان لم تعتبر إشارته » اهـ .

ويذكر ابن عابدين فى عدم انعقاد العقد بإشارة غير الأخرس قوله :

« وظاهر قوله (من لفظين) أنه لا ينعقد بالإشارة بالرأس ويدل عليه ما فى الحاوى الزاهدى فى فصل (البيع الموقوف) : فضولى باع مال غيره فبلغه فسكت متأملا فقال ثالث : هل أذنت لى فى الأجازة فقال : نعم فأجازه ينفذ ولو حرك رأسه بنعم فلا ، لأن تحريك الرأس فى حق الناطق لا يعتبر » اهـ .

وقد وافق الشافعية الحنفية فيما ذهبوا إليه فقال السيوطى فى الأشباه والنووى فى المجموع : « الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام عبارة الناطق فى جميع العقود كالبيع والإجارة والهبة والرهن والنكاح والرجعة

والظهار ، والحلول كالطلاق والعتاق والإبراء وغيرهما - أى العقود والحلول - كالأقارير والدعاوى واللعان والقذف والإسلام » اهـ .

ثم ذكر السيوطى عن إمام الحرمين وغيره : « أن إشارة الأخرس إذا دلت على المقصود بحيث يفهم منها كل واقف عليها ما يقصده الأخرس بإشارته كانت صريحة مغنية عن النية وأما إذا كانت الإشارة غير مفهومة إلا لذوى الفطنة والذكاء فهى كناية تحتاج إلى نية » .

وأما إذا كان الأخرس قادراً على الكتابة فقد قال الشافعية إن إشارته معتبرة أيضاً وصرح به إمام الحرمين ، وشرط (المتولى) فى اعتبار إشارته أن يعجز عن كتابة مفهمة فإن قدر عليها فهى المعتبر لأنها أضبط من الإشارة .

وقال السيوطى « المعتقل لسانه واسطة بين الناطق والأخرس فلو أوصى فى هذه الحالة أو قرأ كتاب الوصية فأشار برأسه أن نعم : صحت » .

وقال الحنفية : إن قدرة الأخرس على الكتابة لا تمنع من جواز تعاقده بالإشارة بخلاف غير الأخرس فلا يجوز تعاقده بالإشارة إلا لضرورة .

قال ابن نجيم فى الأشباه : « كتابة الأخرس كإشارته ، واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة أولا والمعتمد لا ، ولا بد فى إشارة الأخرس أن تكون معهودة وإلا لا تعتبر .

وأخيراً فإن إشارة الأخرس معتبرة إذا تعورف ماتدل عليه فى العادة فى العقود والحلول وذكر بعض الفقهاء وفى القصاص إلا فى الحدود

ولو حد قذف(١).

ثالثاً: الدلالة «الفعل»:

والمراد بالدلالة انعقاد البيع بفعل يعتبر فى حكم القول أو يكون مستفاداً من حال تستدعى انعقاده به وغالباً ما يعبر عن هذا بالمعاطاة.

والتعاقد بالمعاطاة هو أخذ وإعطاء — أى مبادلة فعلية دالة على تبادل الإرادتين والتراضى دون تلفظ بإيجاب ولا قبول، كما يفهم من المادة (١٧٥) من مجلة الأحكام العدلية وشرحها (مرآة المجلة) إذ جاء فيه:

«حيث أن المقصد الأصلى من الإيجاب والقبول هو التراضى من الطرفين ينعقد العقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى» ويسمى هذا: «بيع التعاطى» «ينعقد بالتعاطى لأن جوازه باعتبار الرضا وقد وجد، وحقيقته وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراض منهما فى المجلس فى النفيس والخسيس وهو الصحيح ولو قال: خذ بكذا فقال: أخذت أو رضيت صح» اهـ.

وقد اختلف المتقدمون من الفقهاء فى البيع بالمعاطاة أما المتأخرون منهم فقد جوزوا البيع بها باعتبارها تدل عرفاً على الرضا الذى يشترط فى الإيجاب والقبول أن يأتى البائع والمشترى بما يدل عليه..

وهذه هى مذاهب الفقهاء فى المسألة:

---

(١) يراجع سوى ما تقدم حاشية ابن عابدين جـ ٤ ص ١٣ وأشباه السيوطى ص ٣١٢ وابن نجيم ص ١٨٨

أولا : مذهب المالكية :

لقد أجازوا التعاقد بالمعاطاة فى النفيس والخسيس بلا تمييز وسواء تم قبض البدلين جميعاً أو قبض أحدهما دون الآخر مادام كل من الثمن والمثمن معلوماً عند البائع والمشترى ولا يلزم العقد الذى يتم بالمعاطاة إلا بقبض البدلين ، أما إذا قبض أحد البدلين فقد انعقد العقد ولكن لا يلزم . ويجوز الرجوع فيه ، ومع ذلك قالوا . يجوز أن يتصرف المشترى فى المبيع قبل دفع الثمن إن وجد من البائع ما يدل على الرضا .

قال الدردير رحمه الله تعالى(١) :

« وإن حصل الرضا بمعاطاة : بأن يأخذ المشترى المبيع ويدفع للبائع الثمن أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه من غير تكلم ولا إشارة ولو فى غير المحقرات ، ولزوم البيع فيها بالتقابض — أى قبض البدلين — وأما أصل البيع فلا يتوقف على ذلك — خلافاً لما يوهمه المصنف ، فمن أخذ ما علم ثمنه من مالكه ولم يدفع الثمن فقد وجد أصل العقد لا لزومه ولا يتوقف العقد على دفع الثمن فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه . فلو قال المصنف : وإن أعطاه لكان أحسن وإن كان الدال على الرضا إعطاء ولو من أحد الجانبين إذ كلامه فى الإنعقاد بلا لزوم » .

وقد فرق الشيخ الدرهير فى هذه العبارة بين الإعطاء باعتباره من جانب واحد وبين المعاطاة التى هى من الجانبين بأن الأول عقد غير لازم وأما المعاطاة باعتبار أن كلا من العاقدين حدث منه مايدل على الرضا . فهى عقد

(١) الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ج ٣ ص ٣

لازم وإن دخول الإعطاء تحت المعاطاة يعتبر تجوزاً فى التعبير . كما ذكره بعض الفقهاء كما سيأتى :

ويقول الدسوقى فى حاشيته على الدردير :

« قوله : (وإن بمعاطاة) أى هذا إذا كان دليل الرضا غير معاطاة بأن كان قولا أو كتابة أو إشارة بل وإن كان دليل الرضا معاطاة . وفاقاً لأحمد ، وخلافاً للشافعى القائل : لا بد من القول من الجانبين مطلقاً ، أى سواء كان المبيع من المحقرات أم لا ، قوله : ولزوم البيع فيها - أى فى المعاطاة بالتقابض - أى بالقبض - من الجانبين . فمن أخذ رغيفاً من شخص ودفع له ثمنه فلا يجوز له رده وأخذ بدله للشك فى التماثيل بخلاف ما لو أخذ الرغيف ولم يدفع ثمنه فيجوز رده وأخذ بدله لعدم لزوم البيع . . قوله ولا يتوقف - أى صحة المعتمد - وقوله : فيجوز أن يتصرف فيه بالأكل ونحوه أى كالصدقة - قبل دفع ثمنه - أى إن وجد من الآخر ما يدل على الرضا وإلا لم ينعقد بيع بينهما وأكله غير حلال » اهـ .

فالمعاطاة حيث دلت على الرضا عرفاً فقد أجازها المالكية وإن كانت لا تلزم إلا بالدفع من الجانبين . .

وقد ذكر الحطاب الآراء الفقهية فى البيع بالمعاطاة فى عبارة موجزة فقال (١) :

« . . وقد يكون الدال فعلا (كالمعاطاة) وهى المناولة ، وقال الشيخ (زروق) هى : أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب ولا قبول ،

---

(١) شرح الحطاب جـ ٤ ص ٢٢٨

لأن الفعل فى المعاطاة يدل على الرضا عرفا ، والمقصود من البيع إنما هو أخذ مافى يد غيرك بعوض ترضاه ، فلذا يكفى الفعل ، والمعاطاة فعل يؤدى إلى ماتؤدى إليه الصيغة .

ثم قال : والفعل الدال على الإيجاب والقبول من البائع والمشترى اختلف فيه . فذهب مالك — رحمه الله — وجماعة إلى الإكتفاء بذلك وذهب جماعة من أهل العلم إلى أنه لاينعقد إلا بالقول ، قال ابن رشد : واتفق الفقهاء على انعقاده باللفظ الدال على الرضا واختلفوا فى انعقاده بالمعاطاة فذهب مالك ـ رحمه الله تعالى ـ إلى انعقاده بها مطلقاً ، وقال أبو حنيفة ـ رحمه الله تعالى ـ ينعقد بها فى المحقرات خاصة وإليه مال الغزالى رضى الله عنه ، اهـ .

وقد احتج المالكية بما ذكروا من أن الأفعال وإن انتفت عنها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية ، وهى كافية إذ المقصود من البيع إنما هو أخذ مافى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس والرضا بقول أو فعل وإن كان الفعل معاطاة . وقال الإمام مالك ـ رضى الله عنه ـ كل ماعده الناس بيعاً فهو بيع .

وبيع المعاطاة المحضة العارى عن القول من الجانبين لابد فيه من حضور الثمن والمثمن ولذا قال ابن عرفه أثناء كلامه عن بيعتين فى بيعة : وبياعات أهل زماننا فى الأسواق إنما هى بالمعاطاة فهى منحلة قبل قبض الثمن ، وذكر مثل هذا الخرشى وحاشية العدوى عليه(١) .

ومع هذا التوسع الذى ذكره المالكية فى اعتبار المعاطاة . . إلا أنهم وقفوا دون القول بها فى النكاح واتفق الفقهاء جميعاً على ذلك .

---

(١) شرح الخرشى جـ ٤ ص ٣٦١

جاء فى الفروق وتهذيبه (١) :

« الفرق السابع والخمسون والمائة بين قاعدة البيع توسع العلماء فيه حتى جوز مالك وأبو حنيفة وابن حنبل البيع بالمعاطاة ، وهى الأفعال دون شىء من الأقوال وزادوا على ذلك حتى قالوا : كل ماعده الناس بيعاً فهو بيع . وقال الشافعى : لاتكفى المعاطاة دون قول ، وقاعدة النكاح وقع التشدد فيها فقد اتفقوا على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ، ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا ، أن النكاح لابد فيه ، أن يشهد عليه أنه تزويج لا زنا وسفاح بخلاف البيع وليس الإشهاد شرطاً فى البيع فلذا جوزوا فيه المناولة » اه .

وعلى هذا فإذا كان التعاطى كافياً فى عقود المعاوضات المالية حيث دل على التراضى وأفاده حسبما تجرى به المعاملات بين الناس ، وأصبح يجرى مجرى اللفظ فى الدلالة على الإيجاب والقبول محققاً المقصود الشرعى حتى لايكون فيه أكل أموال الناس بالباطل لأن التراضى هو المميز بين حالتى أخذ المال بالحق أو بالباطل ، فإن النكاح شرعه الإسلام ، واشترط فيه شروطاً لم تشترط فى البيوع وعقود المعاوضات المالية لما يترتب عليه من نتائج خطيرة فى الأموال والأنساب وسائر الحقوق المتعلقة بالأسرة والتى تثبت بالنكاح الشرعى .

وحالة النكاح غير المشروع وإن كانت تشبه النكاح المشروع فى مظهرها وليس بينهما ما يميز إحداهما عن الأخرى لو قلنا بالتراضى مميزاً كما فى البيوع فهناك فرق . فإن الأموال يجرى فيها البذل والإباحة الغير أما الإعراض فلا ، ولذا قال الفقهاء : « أن الإباحة والبذل إنما يجريان

---

(١) الفروق وتهذيبه جـ ٣ ص ١٨١

فى الأموال لا فى الأعراض ، فلوجاز التعاطى فى عقد الزواج ، بأن يدفع رجل إلى امرأة بعض المال كمهر بقصد الزواج ثم تتبعه دون التلفظ بالعقد وتعيش معه وتعاشره معاشرة الأزواج كان فى هذا دلالة أكثر من الرضا بالمعاشرة ، أما قصد الزواج فلا يدل عليه شىء من هذا كما أن مجرد التراضى بالمعاشرة لايميز النكاح عن السفاح ولذلك أجمع الفقهاء على عدم انعقاد النكاح بالتعاطى دون الإيجاب والقبول اللفظيين .

ثانياً — مذهب الحنفية :

لقد اختلف فقهاء الحنفية فى البيع بالمعاطاة ويتبين ذلك من استعراض ما قالوه فى ذلك ......

لقد أجيز البيع بالمعاطاة فى مذهب الحنفية فى أول الأمر ، فى الخسيس دون النفيس كما اشترط فيه قبض البدلين ويحمل ذلك على أنه تبع للعرف فيما ألف الناس التعامل فيه بالتعاطى حيث عرف فى الخسيس دون النفيس فالعمل بها فى هذا نزول عند حكم الواقع بعد قبض البدلين وتمام التنفيذ .

وقد اعتبر التعاطى بعد ذلك عند الحنفية فى النفيس والخسيس حيث أصبح البيع بالمعاطاة يتضمن الدلالة على الرضا عرفاً فهو فى ذلك مثل القول ، ويكفى فيه قبض البدلين مادام يدل على التراضى . فالتعاطى معتبر من جهة دلالته على الرضا . وصرحوا بأنه غير معتبر إذا تعارض مع الرفض الصريح واستبعدوه كذلك إذا كان مجرد تنفيذ لعقد باطل أو فاسد .

قال الكاسانى فى البدائع[1] :

---

(١) جـ ٥ ص ١٣٤

«ذكر القدورى أن التعاطى يجوز فى الأشياء الخسيسة ولا يجوز فى الأشياء النفيسة ورواية الجواز فى الأصل مطلقة عن هذا التفصيل ، وهى الصحيحة لأن البيع فى اللغة والشرع اسم للمبادلة وهى مبادلة شىء مرغوب بشىء مرغوب ، وحقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء ، وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » والتجارة عبارة عن جعل الشىء للغير ببدل وهو تفسير التعاطى ، وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا يوجد فى الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً فكان التعاطى فى كل ذلك بيعاً فكان جائزاً » اهـ .

فالكاسانى يرى أن البيع بالمعاطاة يحقق المعنى المراد من البيع لغة وشرعا وهو المبادلة التى يدل عليها ما ينبىء عن الرضا من البائع والمشترى سواء أكان ذلك بالقول أو بالفعل وكما يصلح اللفظ فى الدلالة على انعقاد البيع فى الخسيس والنفيس يصلح الفعل كذلك فى الدلالة عليه فيهما .

وذكر الكمال فى فتح القدير أن هذا هو الصحيح خلافاً لمن قال بالتعاطى فى الخسيس دون النفيس فقال :

« .. ولهذا ينعقد بالتعاطى فى النفيس والخسيس ، قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس مادونه ، وقوله : وهو الصحيح .. من قول الكرخى إنه ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز إستحساناً للعادة ، قال أبو معاذ رأيت سفيان الثورى جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى ، وجه الصحيح أن المعنى وهو الدلالة على التراضى يشمل الكل وهو الصحيح فلا معنى للتفصيل » اهـ(١) .

---

(١) فتح القدير وبهامشه العناية جـ ٥ ص ٧٧

وقد ذكر صاحب الفتاوى الخانية : أن البيع بالمعاطاة ينعقد فى النفيس والخسيس ذكره بعض الفقهاء كما ذكره محمد بن الحسن فى الجامع الصغير فى باب الوكالة(١) .

وجاء فى الفتاوى الهندية « لا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً وهو الصحيح »(٢) وذكر الزيلعى «أن البيع بالمعاطاة فى الخسيس والنفيس هو الصحيح لأن جواز البيع باعتبار الرضاء لا بصورة اللفظ. وقد وجد التراضى من الجانبين فوجب أن يجوز »(٣) اه .

وفى النهاية يأتى ابن عابدين ليقرر بأن البيع بالمعاطاة فى النفيس والخسيس هو الصحيح المعتمد خلافاً للكرخى الذى قال ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط ، وأن من قال : إن قول الكرخى هو المشهور فهو خلاف المشهور كما فى البحر الرائق لابن نجيم ، وصحح كذلك بيع التعاطى فى الخسيس والنفيس(فى ملتقى الأبحر ومجمع الأنهر) فى باب البيع(٤) .

هذه هى خلاصة آراء فقهاء الحنفية وقد صححوا القول بالمعاطاة فى الخسيس والنفيس لدلالة الفعل فى المعاطاة على التراضى عرفاً ، وجاء فى البحر الرائق قوله : « ويلزم البيع بالتعاطى أيضاً لأن جوازه باعتبار الرضاء وقد وجد ، وقد بناه فى الهداية على أن المعتبر فى هذه العقود هو المعانى »(٥) اه .

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ وبهامشها الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٢٧

(٢) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ وبهامشها الفتاوى الخانية جـ ٢ ص ٢٧

(٣) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ٤

(٤) حاشية ابن عابدين جـ ٢ ص ١٦ ، ١٧

(٥) البحر الرائق جـ ٥ ص ٢٩

وفى المادة (١٧٥) من مجلة الأحكام العدلية : حيث أن المقصد الأصلى من الإيجاب والقبول هو تراضى الطرفين فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ويسمى هذا بيع التعاطى » اهـ .

ولما صحح فقهاء الحنفية البيع بالمعاطاة قال بعضهم إن قبض البدلين جميعاً ليس شرطاً وإن قبض أحدهما شرط فى انعقاد البيع بالمعاطاة كما ينعقد باللفظ الدال على الإيجاب والقبول فقد جاء فى فتح القدير « واختلف فى أن قبض البدلين شرط فى بيع التعاطى او أحدهما كاف والصحيح الثانى، ونص محمد على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين وهو ينتظم الثمن والمبيع ونصه فى الجامع الصغير على أن تسليم المبيع يكفى لا ينفى الآخر » اهـ .

وذكر البابرتى فى العناية « أن محمداً — رحمه الله تعالى — أشار فى الجامع الصغير إلى أن تسليم المبيع يكفى فى تحققه » اهـ .

وذكر بعض الفقهاء أنه لابد فى البيع بالمعاطاة من قبض البدلين جميعاً كما جاء فى الفتاوى الهندية والفتاوى الخانية والفتاوى البزازية وصححت الفتاوى الهندية أن قبض أحدهما كاف لنص محمد — رحمه الله تعالى — على أن بيع التعاطى يثبت بقبض أحد البدلين ، وهذا ينتظم الثمن والمبيع كذا فى النهر الفائق اهـ[١] .

وقد ذكر هذا الخلاف علاء الدين الحصكفى فى الدر المختار وبين أن قبض البدلين فى التعاطى هو الذى عليه أكثر فقهاء الحنفية .

هذا وقد ذكروا أنه لا بد أن يكون كل من المبيع والثمن معلوماً

---

(١) الفتاوى الهندية جـ ٣ ص ٩ وبهامشها الفتاوى البزازية جـ ٤ ص ٣٦٨

المتبايعين وهذا فيما يكون ثمنه غير معروف فى الأسواق فإن كان سعر البلد معلوماً وهما يعلمان ذلك كان بيعاً ، أما إذا لم يكن سعر البلد معلوماً أو كان معلوماً ولا يعلم البائع أو المشترى ذلك فلا يكون بيعاً .

وذكر الكمال فى فتح القدير :

« ومنها قول الدلال للبزاز هذا الثوب بدرهم فقال : ضعه ، وفى أجناس الناطفى لو قال : بكم تبيع قفيز حنطة ؟ فقال بدرهم . فقال : أعزله فعزله فهو بيع ، وكذا لو قال للقصاب مثله فوزنه وهو ساكت فهو بيع حتى لو امتنع القصاب من دفع اللحم أخبرهما القاضى » اهـ .

وفى الفتاوى الهندية :

« يشترط بيان الثمن لانعقاد هذا البيع بتسليم المبيع وهذا فيما ثمنه غير معلوم ، وأما الخبز واللحم فلا يحتاج فيه إلى بيان الثمن كذا فى البحر الرائق » .

وقد ذكر للفقهاء أن التعاطى إذا كان فعلا يتضمن الدلالة على الرضا فإن هذه الدلالة إذا عارضها لفظ صريح برفضها فإنها لا تعتبر — كما ذكر فى شروط العرف — أن لا يعارضه تصريح بخلافه ، ولا يتم البيع بالتعاطى مع الرفض الصريح بنفى الرضا الضمنى المستفاد من التعاطى حتى لو جاز حمل الرفض الصريح على غير ظاهره لأن اللفظ أدل على الإرادة من التعاطى ولذا فإنه مقدم فى الفقه الإسلامى على غيره ، وقد قال الفقهاء : لا عبرة بالدلالة فى مقابل التصريح .

وجاء فى الفتاوى الهندية أيضاً :

« دفع إليه دراهم ليشترى البطاطيخ المعينة فأخذها ويقول البائع

لا أعطيها بها وأخذ المشترى منه البطاطيخ فلم يستردها ويعلم عادة السوق أن البائع إذا لم يرض برد الثمن أو يسترد المتاع فقالوا : مع هذا لا يصح البيع كذا فى القنية » اهـ(١) .

وقالوا : إن البيع بالتعاطى يصح إذا كان دالا على الرضا الصريح . أما إذا كان التعاطى بعد عقد سابق فاسد أو باطل لا ينعقد به البيع إلا إذا ترك العقد السابق الفاسد أو الباطل لأن ما بنى عليه لا يصح ولا تترتب عليه آثاره - جاء فى الدر المختار :

«وصرح فى البحر الرائق بأن الإيجاب والقبول بعد عقد فاسد لا ينعقد بهما العقد قبل متاركة الفاسد فى بيع التعاطى بالأولى وعليه فيحمل ما فى الخلاصة وغيرها على ذلك وتمامه مافى الأشباه من الفوائد إذا بطل المتضمن بطل المتضمن والمبنى على الفاسد فاسد » اهـ .

ويعلق ابن عابدين فى حاشيته على هذه العبارة فيقول :

« وعبارة الخلاصة . اشترى رجل من رجل وسائد ووجوه الطنافس وهى غير منسوجة بعد ولم يضرب له أجلا لم يجز فلو نسج الوسائد ووجوه الطنافس وسلم إلى المشترى لا يصير هذا بيعاً بالتعاطى لأنهما يسلمان بحكم ذلك البيع السابق وأنه وقع باطلا » .

وعبارة البزازية : والتعاطى إنما يكون بيعاً إذا لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل سابق . أما إذا كان بناء عليه فلا وقوله : ولا ينعقد بها البيع قبل متاركة الفاسد يتفرع على ما فى الخانية . لو اشتريه ثوباً شراء فاسداً ثم لقيه غداً فقال : قد بعتنى هذا بألف درهم . فقال : بلى .

(١) الفتاوى الهندية ج ٣ ص ١٠ ، ١١

فقال : قد أخذته فهو باطل وعلى هذا ما كان قبله من البيع الفاسد فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم » اهـ .

هذا هو بعض ما ذكره فقهاء الحنفية فى بيع التعاطى وقد تعرضت له (باختصار) وبالقدر الذى يظهر معه فقه الموضوع وما تفرع عليه . وأذكر بعد ذلك مذهب الشافعية والحنابلة فى هذه المسألة . .

ثالثا — مذهب الشافعية :

روى عن الإمام الشافعي — رضى الله عنه — عدم جواز البيع بالمعاطاة لأنه يشترط لانعقاد البيع استعمال الصيغة الدالة على الإيجاب والقبول . . والفعل لا دلالة له بالوضع فلا ينعقد به البيع . جاء فى المهذب للشيرازى :

« ولا ينعقد البيع إلا بالإيجاب والقبول فأما المعاطاة فلا ينعقد بها البيع لأن اسم البيع لا يقع عليه » اهـ .

وجاء فى الوجيز « ولا تكفى المعاطاة . . أصلا »[1] اهـ .

وقال النووى فى تعليقه على عبارة المهذب المذكورة[2] :

« والمشهور من مذهبنا أنه لا يصح إلا بالإيجاب والقبول . . ولا تصح المعاطاة فى قليل ولا كثير وبهذا قطع المصنف والجمهور من الشافعية ، وفيه وجه مشهور عن ابن سريج : أنه يصح البيع بالمعاطاة . . ثم إن الغزالى

(١) الوجيز جـ ١ ص ١٢٣

(٢) المجموع للنووي شرح المهذب جـ ٩ ص ١٦٢ ، ١٦٣

والمتولى وصاحب العدة والرافعى والجمهور نقلوا عن ابن سريج أنه يجوز المعاطاة فى المحقرات » اهـ .

ونقل إمام الحرمين عن ابن سريج : أنه جوزها ولم يقيد الجواز بل أطلقه .

ثم بين النووى أن البيع بالمعاطاة هو المختار للفتوى معللا ذلك بالرجوع إلى العرف فقال : واختار جماعات من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاة فيما يعد بيعاً . . وقال مالك : « كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، وممن اختار من أصحابنا أن المعاطاة فيما يعد بيعاً صحيحة وأن ما عده الناس بيعاً فهو بيع ، صاحب الشامل والمتولى والبغوى والرويانى وكان الرويانى يفتى به . وقال المتولى : وهذا هو المختار للفتوى لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت فى الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف . . فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً كما فى القبض والحرز وإحياء الموات ، وغير ذلك من الألفاظ المطلقة فإنها تحمل على العرف ولفظة البيع مشهورة . وقد اشتهرت الأحاديث بالبيع عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضى الله عنهم أجمعين — وبعده ولم يثبت فى شىء منها مع كثرتها اشتراط الإيجاب والقبول أى بالقول والله أعلم اهـ باختصار .

ومن هذا نرى أن كثيراً من فقهاء الشافعية أفتوا بالقول بالمعاطاة إذا أصبحت تعد بيعاً فى العرف ، ولعل الإمام الشافعى — رضى الله عنه — ومن ذهب إلى رأيه نظروا إلى العرف الجارى فى زمنهم وهو أن المعاطاة كانت لا تعد بيعاً فلما أصبحت متعارفة فى الانعقاد بها أفتى فقهاء الشافعية بجواز البيع بالمعاطاة ولذا قال النووى بعد عبارته المذكورة .

« وكل ما جرت العادة فيه بالمعاطاة وعده الناس بيعاً فهو بيع وما لم

تجر العادة فيه بالمعاطاة لا يكون بيعاً . ووجه طريقة ابن سريج أن البيع كان معهوداً قبل ورود الشرع فورد ولم يغير حقيقته بل علق به أحكاماً فوجب الرجوع فيه إلى العرف وكل ما عدوه بيعاً جعلناه بيعاً كما يرجع فى إحياء الموات والحرز والقبض إلى العرف » أ هـ .

وهذا يبين لنا مدى اعتبار الفقهاء للعرف فى التعامل فيما ورد مطلقاً فى الشريعة وأن العرف هو المحكم فيما يجرى بين الناس من معاملات ولم يرد فيها نص من الشارع وفى هذا من المرونة ما يجعل الفقه الإسلامى صالحاً للعمل فى كل زمان ومكان(١) .

رابعاً – مذهب الحنابلة :

المعاطاة فى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه – جائزة عند الجمهور من الحنابلة ، وقال بعضهم إنه يصح البيع بالمعاطاة فى الأشياء اليسيرة دون الكبيرة أو الخسيس دون النفيس .

جاء فى المغنى لابن قدامة :

الضرب الثانى (المعاطاة) مثل أن يقول : أعطنى بهذا الدينار خبزاً فيعطيه ما يرضيه ، أو يقول : خذ هذا الثوب بدينار فيأخذه فهذا بيع صحيح نص عليه أحمد ، قال فيمن قال لخباز : كيف تبيع الخبز ، قال : كذا بدرهم فقال : زنه وتصدق به فإذا وزنه فهو عليه ، وقول مالك نحواً من هذا فإنه قال : يقع البيع بما يعتقده الناس بيعاً . وقال بعض الحنفية : يصح فى

---

(١) يراجع المجموع – شرح المهذب جـ٩ ص ١٦٢ ، ١٦٣ وبهامشه فتح العزيز شرح الوجيز والميزان للشعرانى جـ ٤ ص ٣٦٨

خصائص الأشياء ، وحكى عن القاضي مثل هذا ، ومذهب الشافعي — رحمه الله — أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا ا هـ .

وإذا ما قيل إن ما مثل به ابن قدامة إعطاء وليس معاطاة ، فيقال كلاهما داخل تحت الفعل الدال على الرضا بالبيع وما فيه من معنى الإعطاء جعل الفقهاء يعبرون عنه أحياناً بالمعاطاة كما مر في أول هذا البحث عند المالكية .

وقد استدل الحنابلة — رضي الله عنهم — على ما ذهبوا إليه بالآتي :

أولا : إن الله تعالى أحل البيع في قوله تعالى : « وأحل الله البيع » ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف كما رجع إليه في القبض والأحراز والتفرق ، والمسلمون في أسواقهم يبيعون ويشترون على ذلك ، وكان البيع موجوداً عند العرب قبل الإسلام بالمعاطاة وبغيرها وجاء الشارع فعلق عليه أحكاماً وأبقاه على ما كان فلا يجوز تغييره بالرأي والتحكم .

ثانياً : لم ينقل عن النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول ، ولو استعملوا ذلك في بياعاتهم لنقل نقلا شائعاً ، ولو قلنا إنهم فعلوا ذلك وكان شرطاً لوجب نقله ولم يتصور إهماله منهم والغفلة عن نقله .

ثالثاً : إن البيع مما تعم به البلوى فهو يقع من الصغير والكبير ومن الرجل والمرأة في كل زمان ومكان فلو اشترط له الإيجاب والقبول بالقول لبينه النبي — صلى الله عليه وسلم — بياناً عاماً ولم يخف حكمه ، لأن خفاءه يفضي إلى وقوع العقود الفاسدة وأكل أموال الناس بالباطل ولم ينقل عن

النبي — صلى الله عليه وسلم — ولا عن أحد من أصحابه ذلك كما علمنا . ولأن الناس يتبايعون في أسواقهم بالمعاطاة في كل عصر ولم ينقل إنكاره عن أحد فكان ذلك إجماعاً .

رابعاً : إنه لو اشترط الإيجاب والقبول في كل عقد لشق ذلك على الناس ولكانت أكثر عقودهم فاسدة وأكثر أموالهم محرمة ، لأن الإيجاب والقبول إنما يراد للدلالة على التراضي فإذا وجد مايدل على التراضي من المساومة والتعاطي قام مقامهما وأجزأ عنهما لعدم التعبد فيه .

هذه هي أدلة الحنابلة على ماذهبوا إليه ، كما ذكرها ابن قدامة في المغني وصاحب الشرح الكبير على متن المقنع ، وابن تيمية وغيره من فقهاء الحنابلة . ويقول ابن تيمية في الفتاوى والقواعد « إن العقود تنعقد بكل ما يدل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ماعده الناس بيعاً أو إجارة . فإن اختلف اصطلاح الناس في الألفاظ والأفعال انعقد العقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال وليس لذلك حد مستقر في شرع ولا لغة بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوعت لغاتهم فإن ألفاظ البيع والإجارة في لغة العرب ليست هي الألفاظ التي في لغة الفرس أو الروم أو الترك أو البربر أو الحبشة بل قد تختلف الألفاظ في اللغة الواحدة . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات في المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير مايتعاقد به غيرهم إذا كان ماتعاقدوا به دالا على مقصودهم . . وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد ، ولهذا يصح في ظاهر مذهبه بيع المعاطاة مطلقاً ، وإن كان قد وجد اللفظ من أحدهما والفعل من الآخر ، بأن يقول : خذ هذا بدرهم فيأخذه أو يقول : أعطني خبزاً بدرهم فيعطيه ما يقبضه ، أو لم يوجد لفظ من أحدهما بأن يضع الثمن ويقبض جزرة البقل أو الحلواء أو غير ذلك

كما يتعامل به غالب الناس (لعله يقصد أهل موطنه) أو يضع المتاع ليوضع له بدله فإذا وضع البدل الذى يرضى به أخذه كما يحكيه التجار من عادة أهل المشرق فكل ما عده الناس بيعاً فهو بيع اﻫ .

وبعد أن يستدل على ذلك بالأدلة المتقدمة يقول :

«ونحن نعلم بالاضطرار من عادات الناس فى أقوالهم وأفعالهم أنهم يعلمون التراضي وطيب النفس بطرق متعددة من الأقوال والأفعال[١]» اﻫ .

وقد استدل صاحب البحر الزخار من الزيدية على جواز المعاطاة بقول النبي — صلى الله عليه وسلم — فى القعب والحلس لمن قال : هما علىّ بدرهمين خذ ولم يلافظ .

وقد يقال : إن هذا إعطاء وليس معاطاة — وقد ذكر كثير من الفقهاء كما تقدم عن المالكية ، والحنابلة أن الإعطاء داخل ضمن الفعل الدال على الرضا عرفا والمعبر عنه بالمعاطاة .

وهذا الحديث وإن كان استدلالا على نوع واحد من المعاطاة وهو إذا كان اللفظ من واحد والفعل من الآخر فهو استدلال على عدم اشتراط اللفظ من الجانبين[٢] .

(وبقيت مسألة تتعلق بهذا الموضوع) وهى :

«أن الفقهاء ذكروا أن الدلالة كما ينعقد بها العقد يثبت بها الخيار وتدل على شرط الخيار فى البيع تبعاً لاختلاف الحال الدال على ذلك .

---

(١) يراجع فى ذلك المغنى لابن قدامة مع الشرح الكبير على المقنع ج ٤ ص ٤ وفتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٤ والقواعد النورانية له ص ١٠٥ — ١٢١

(٢) البحر الزخار فى فقه الزيدية ج ٣ ص ٢٩٩

قال الكاساني فى البدائع :

« الشرط يثبت نصاً أو دلالة . . وأما الإختيار من طريق الدلالة أنه يوجد منه فعل فى أحدهما يدل على تعيين الملك فيه وهو كل تصرف هو اختيار الملك فى الشراء بشرط الخيار » .

ثم قال : « ولو كان المبيع دابة فركبها فإن ركبها لحاجة نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشترى لها علفاً أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك ما لابد منه خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لا تنقاد بالقود فكان ذلك للاختيار بخلاف خيار العيب إذا ركبها بعد ما علم بالعيب يبطل خياره لأن له منه بداً ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب »(١) اهـ .

ويميز ابن عابدين بين بيع التعاطى الذى لا إيجاب فيه بل فيه قبض الثمن بعد أن علم به المشترى وبين العيب الذى يتم بالإيجاب والقبول ويكون القبول فيه فعلا يدل على الرضا فقال :

« فإن من الفروع مالو قال : كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسها بكذا رضا بالبيع ، وكذا إذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيئاً كأن قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى ، فإنه ليس فيه إيجاب بل قبض بعد معرفة الثمن فقط » .

ونخلص من ذلك إلى أن البيع ينعقد بما عده الناس دالا على الرضا باللفظ أو بالفعل ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الإصطلاحات

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٦١ — ١٦٢ ، ٢٧٠

فى المعاملات كلها . من بيع وإجارة وهبة ورهن وإقرار وغير ذلك من العقود ، وهذا لا يكون فى العادة إلا إذا كان هناك تعامل سابق بهذه الصورة من المعاملة . . ومثال ذلك ما ذكره ابن حجر فى فتح البارى حيث قال(١):

« اكترى الحسن البصرى من عبد الله بن مرداس حماراً فقال : بكم ؟ قال : بدانقين (ثلث درهم) فركبه ثم جاء الحسن البصرى مرة أخرى فقال : الحمار الحمار فركبه ولم يشارطه . فبعث إليه بنصف درهم ولم يشارطه اعتماداً على الأجرة المتقدمة وزاده بعد ذلك عليها على طريق الفضل » اهـ .

وقد دل ذلك مع ما ذكر على أن التعبير عن الإرادة مادام قاطعاً فى دلالته على الرضا عرفاً فإنه يكفى فى انعقاد العقد وهو الرأى الغالب على أقوال الفقهاء :

ويقول الأستاذ عبد الرزاق السنهورى فى كتابه « مصادر الحق فى الفقه الإسلامى » أن هذا هو الذى جرى عليه القانون المدنى العراقى الجديد فى المادة (٧٩) حيث تقول :

« كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى وباتخاذ أى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى » اهـ .

وجاء فى المادة (٩٠) من القانون المدنى المصرى :

فقرة (١) التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة

---

(١) فتح البارى جـ ٤ ص ٣٢٢

المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على المقصود ،

فقرة (٢) ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً .

قال الأستاذ السنهوري في « الوسيط » شرح القانون المدني في هذه المادة :

« ونرى من ذلك أن التعبير عن الإرادة وهو مظهرها الخارجي وعنصرها المادي المحسوس يكون تارة تعبيراً صريحاً وطوراً تعبيراً ضمنياً ، ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً إذا كان المظهر الخارجي الذي اتخذه كلاما أو كتابة أو إشارة أو نحو ذلك مظهراً موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس ، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام وذلك بإيراد الألفاظ الدالة على المعنى الذي تنطوي عليه الإرادة . وقد يؤدي هذه الألفاظ اللسان مباشرة وقد يؤديها بالواسطة كالمخاطبة التلفونية وكإيفاد رسول لا يكون نائباً . وقد يكون التعبير الصريح بالكتابة بأي شكل من أشكالها عرفية كانت أو رسمية في شكل سند أو كتاب أو نشرة أو إعلان موقعاً عليها أو غير موقع مكتوبة باليد أو بالآلة الكاتبة أو بالآلة الطابعة أو بأية طريقة أخرى . أصلا كانت أو صورة ، وبديهي أن الإثبات بالكتابة يتطلب شروطاً أشد مما يتطلبه التعبير بالكتابة .

« ويكون التعبير الصريح أيضاً بالإشارة المتداولة عرفاً فإشارة الأخرس غير المبهمة تعبير صريح عن إرادته ، وأية إشارة من غير الأخرس تواضعت الناس على أن لها معنى خاصاً يكون تعبيراً صريحاً عن الإرادة كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول وهزها أفقياً أو هز الكتف دلالة على

الرفض ، ويكون التعبير الصريح أخيراً باتخاذ أى موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على المقصود فعرض التاجر لبضاعته مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً صريحاً ووقوف عربات الركوب ونحوها فى الأماكن المعدة لذلك عرض صريح على الجمهور ووضع آلة ميكانيكية لتأدية عمل معين كميزان ونحو ذلك يعد تعبيراً صريحاً ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً إذا كان المظهر الذى اتخذه ليس فى ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة ، مثل ذلك أن يتصرف شخص فى شىء ليس له ولكن عرض عليه أن يشتريه فذلك دلالة على أنه قبل الشراء إذ يتصرف تصرف المالك وأى مظهر من مظاهر التعبير عن الإرادة الصريحة أو الضمنية يكفى بوجه عام فى التعبير عن الإرادة .

وجاء فى المادة (٩٧) من القانون المدنى :

١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب .

٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » اه .

وجاء فى المذكرة التمهيدية بخصوص هذه المادة .

« التعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى وقد يكون التعبير الضمنى بحسب الأحوال إيجاباً أو قبولا ، أما السكوت فن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجاباً وإنما يجوز فى بعض

ظروف استثنائية أن يعتبر قبولا وقد تناول النص هذه الفروض ونقل بشأنها عن تقنين الالتزامات السويسرى ضابطاً مرناً يهىء للقاضى أداة عملية للتوجيه قوامها عنصران (الأول) التثبت من عدم توقع أى قبول صريح ، وهذه الواقعة قد تستخلص من طبيعة التعامل أو من عرف التجارة وسننها أو من ظروف الحال .

(الثانى) التثبت من اعتصام من وجه الإيجاب بالسكوت فترة معقولة اه .

وقد أخذ القضاء المصرى بحلول تشابه الحلول التى يقررها النص فالأصل عنده أن السكوت وحده مجرداً من أى ظرف آخر لا يعتبر قبولا ولكن يجوز أن يستخلص من ظروف معينة تلابس السكوت كقيام تعامل سابق بين المتعاقدين ويجوز أن يكون السكوت بمنزلة القبول لا بالنسبة لإتمام العقد فحسب بل وكذلك بالنسبة لإلغائه أو الإقالة منه ويجوز أن يجعل عرف التجارة للسكوت شأن القبول . إذا عرض فى وضع يستتبع حمله على محمل الإرتباط البات .

رابعا — العرف وتخصيص العام

العرف قسمان : عرف شرعى ، وعرف غير شرعى . استعمالى أو لغوى .

أما العرف الشرعى (الحقائق الشرعية) فهو مخصص لعموم ألفاظ الشارع مثل قوله صلى الله عليه وسلم « من حلف واستثنى عاد كمن لم يحلف » فهو يختص باليمين بالله تعالى لأنه اليمين فى الشرع فمتى كان المتكلم هو الشارع كان المعتبر هو العرف الشرعى بلا خلاف .

أما العرف غير الشرعى أو عرف الاستعمال . الجارى بين الناس فالكلام فيه فى موضعين :

الأول : تخصيص عمومات الشريعة .

الثانى : تخصيص عمومات ألفاظ الناس التى يستعملونها فى تخاطبهم .

أما الموضع الأول : وهو تخصيص الخطاب الشرعى بما اعتاده الناس وتعارفوه ففيه خلاف بين العلماء .

ومحل النزاع فى المسألة : إذا أورد اللفظ عاماً واختص تعامل المخاطبين ببعض ما تناوله فهل هذه العادة فى التعامل تخصص العام بذلك البعض أو يبقى على عمومه ؟

مثال ذلك ، إذا تعارف الناس الربا فى البر وجاء خطاب الشارع بتحريم الربا والحال أن الربا فى اللغة يعم كل ربا فى البر وغيره ولا إجماع ولا تقرير على اعتبار هذه العادة[1] .

قال الحنفية : ومن وافقهم :

« يختص بالبر لقيام المخصص وهو العرف والعادة » .

وقال الجمهور :

« اللفظ عام ولا يصلح هذا العرف مخصصاً له فيبقى على عمومه لأن المعتبر تناول اللفظ فمجرد العادة لا يصلح مخصصاً » . وذكر ابن السبكى والجلال فى شرحه على جمع الجوامع : أنه الأصح .

« وأما التخصيص بالعرف القولى فلا خلاف فيه بين العلماء » .

---

(١) العطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٧٠

وقد استدل أصحاب المذهب الأول فقالوا :

إن الشارع لو قال حرمت الربا ، والعادة اختصاص الربا فى البر والحال أن الربا فيه وفى غيره من الحبوب لغة فإن حرمة الربا تختص بالبر لقيام المخصص وهو العادة كما يخصص الدابة بذوات الأربع بعد ما كان فى اللغة لكل ما يدب على الأرض وكما يتخصص اللحم فى قوله : لا أشترى لحماً باللحم المعتاد فى البلد فإن اللفظ خصص بالتعامل وهو بعض ما تناوله .

قال ابن أمير حاج فى « التقرير والتحبير »(1) :

« العرف العملى لقوم مخصص للعام الواقع فى مخاطبتهم عند الحنفية خلافاً للشافعية كحرمة الطعام وعادتهم أكل البر انصرف إليهم وهو — أى قول الحنفية — الوجه ، وأما تخصيص العام بالعرف القولى ، وهو أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى فباتفاق كالدابة على الحمار والدرهم على النقد الغالب » اهـ .

أما أصحاب المذهب الثانى فقد قالوا :

« إن العرف العملى لا يخصص العام بمعنى أنه إذا تعارف الناس نوعاً من الطعام ثم ورد خطاب الشارع بتحريمه وكانوا لا يتناولون غيره والنهى عام لم يختص بالمعتاد دون غيره ، فيجب الأخذ بخطاب الشارع وإطراح تلك العادة لأن الخبر الذى جاء به الشارع إنما ورد لينقل الناس عما اعتادوه فلا يخضع له » .

قال الزركشى فى البحر المحيط : ولفظ الشارع لا يتخصص بالعرف

---

(1) جـ ١ ص ٢٨٢ ويراجع مسلم الثبوت جـ ١ ص ٣٤٥

عند المحققين من أهل الأصول[١] . وقال صاحب المعتمد « العادة التى بخلاف العموم ضربان (أحدهما) عادة فى الفعل والأخرى عادة فى استعمال العموم . أما الأول : فبأن يعتاد الناس شرب بعض الدماء فحرم الله تعالى الدماء بكلام يعمها فلا يجوز تخصيص هذا العموم بل يجب تحريم ماجرت به العادة وغيره . وأما الثانى : فيجوز أن يكون العموم مستغرقاً فى اللغة ويتعارف الناس الاستعمال فى بعض تلك الأشياء فقط كاسم الدابة ، فإنه فى اللغة لكل ما يدب ، وقد تعورف استعماله فى الخيل فقط — كما فى بعض البلاد — فمتى أمرنا الله بشيء يتعلق بالدابة حمل على العرف لأنه به أحق وليس ذلك بتخصيص على الحقيقة وإنما هو بالنسبة إلى اللغة ، وفرق بين ألا يعتاد الفعل أولا يعتاد إطلاق الإسم على المسمى ، وذكر الغزالى مثل ذلك » .

وقال أبو بكر الصيرفى : الاعتبار بعموم اللسان ولا اعتبار بعموم ذلك الإسم على ما اعتادوه لأن الخطاب إنما يقع بلسان العرب على حقيقة لغتها فلو خصصناه بالعادة للزم تناوله بعض ما وضع له وحق الكلام العموم ولسنا ندرى هل أراد الله ذلك الحكم أم لا فالحكم للاسم حتى يأتى دليل يدل على التخصيص ، وهذا كله بالنسبة إلى خطاب الله وخطاب رسوله صلى الله عليه وسلم[٢].

وقال الأسنوى : « لا إشكال فى أن العادة القولية تخصص العموم نص عليه الغزالى وصاحب المعتمد ومن تبعه ، لأن الحقيقة العرفية مقدمة على اللغوية ، وأما العادة الفعلية ففيها مذهبان » ، وذكر المذهبين المذكورين[٣] .

---

(١) البحر المحيط جـ ٢ ورقة ٩١ ، ٩٢ ويراجع المعتمد لأبى الحسين البصرى جـ ١ ص ٣٠١

(٢) البحر المحيط جـ ٢ ورقة ٩١ ، ٩١ (٣) جـ ١ ص ١٣٨

وقال الزركشى : إنه سمع الشيخ عز الدين بن عبد السلام يحكى الإجماع على أن العادة الفعلية لا تخصص ، ولعله يريد إجماع الشافعية (١) .

وقد قال العالمى « العادة الفعلية لا تخصص إلا إذا أجمعت الأمة على استحسانها ثم قال : ولقائل أن يقول : هذا تخصيص بالإجماع لا بالعادة وحينئذ يكون المخصص هو دليل الإجماع » اهـ .

وقال بعض الفقهاء إن الخلاف فى تخصيص العموم بالعادة يعنى الفعلية فإن الواجب على المخاطبين أن يتحولوا عن تلك العادة لأنها لا تخصص ولا تعتبر وإذا ورد النص عاما فيبقى على عمومه » اهـ .

وقال القرافى فى الفروق :

« إن العرف القولى يؤثر فى الألفاظ تخصيصاً وتقييداً وإن العرف الفعلى لا يؤثر فى اللفظ اللغوى تخصيصاً ولاتقييداً لعدم معارضة الفعل لوضع اللغة ومعارضة غلبة استعمال اللفظ فى العرف للوضع اللغوى » اهـ .

هذا وقد وجد أن بعض الفقهاء خالف جمهور مذهبه ومن هؤلاء الزيلعى من فقهاء الحنفية (فى تبيين الحقائق) .

وكذلك خالف القرافى جمهور المالكية وقد حكى المازرى والقرطبى أن المذهب فيه خلاف فى تخصيص العام بالعرف العملى ومال القرطبى إلى القول بالتخصيص وهو ما قال به الإمام مالك — رضى الله عنه — فى تخصيص آية الرضاع بالشريفة — كما سيأتى — وكذا ذكر الدسوقى عن الباجى وابن عبد السلام وغيرهما فقد جاء فى حاشيته على الشرح الكبير :

---

(١) البحر المحيط جـ ٢ ورقة ٩٣

« وذكر ابن عبد السلام أن ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وإن كان فعلياً ونقل الوانوغى عن الباجى : أنه صرح بأن العرف الفعلى يعتبر مخصصاً أيضاً وفى القلشانى : لا فرق بين القولى والفعلى فى ظاهر المذهب »[١] اهـ .

ومن تتبع أقوال المالكية فى هذه المسألة فى مظانها يجد أن جمهور المذهب على أن العرف العملى مخصص وذلك إذا وجد فى زمن الخطاب واستمر الناس عليه لأن النص الشرعى عند ماورد والعادة قائمة فإنه نزل بحسب ما يفهمه الناس من لغاتهم وتخاطبهم وأفعالهم الدالة على ذلك وبهذا يلتقى المالكية من غيرهم ممن قالوا بتخصيص العام بالعرف العملى ، وعلى كل فالمسألة فيها المذهبان المذكوران فيما تقدم بأدلتهما وبقى مناقشة هذه الأدلة .

قال الحنفية : لقد قلتم إن العرف العملى يقيد المطلق فلم لا يخصص العام حيث لا فرق بينهما فإنه إذا قال : إشتر لحماً وكان المعتاد هو لحم الضأن بخصوصه لم يفهم منه غيره لأنه المتبادر من اللفظ عند إطلاقه وكذلك لا يحنث الحالف ألا يأكل لحماً إلا بما يعتاد أكله ، فلم لا تقولون ذلك فى تخصيص العام بالعرف إذا ماورد خطاب الشارع عاماً وكانت العادة بعض ماتناوله اللفظ لأنه لا فارق من حيث تبادر ما هو متعارف إلى الفهم ويسبق إليه دون غيره والشريعة راعت فى خطابها مفهوم العرب فيما بينهم فى لغتهم فموجب التخصيص والتقييد واحد .

وكذلك فإن العرف القولى يخصص باتفاق الجميع فلم لا يخصص العرف العملى حيث لا فارق بينهما .

---

(١) الدسوقى على الشرح الكبير جـ ٢ ص ١٤٣

وفى ذلك يقول ابن أمير حاج بعد عبارته المتقدمة :

« لنا الاتفاق على فهم لحم الضأن بخصوصه فى إشتر لحماً ، وقصر الأمر فى شراء اللحم عليه إذا كانت العادة أكله فوجب كون العرف العملى مخصصاً كالعرف القولى لاتحاد الموجب وهو تبادره بخصوصه من إطلاق اللفظ فيهما ، وإلقاء الفارق بينهما بالإطلاق والعموم لظهور أنه لا أثر له فيه ، وأيضاً لا أثر بين دلالة المطلق على المقيد من أنها دلالة الجزء على الكل وبين دلالة العام على الخاص من أنها دلالة الكل على الجزء (وهو تسامح) فإن فرد العام جزئية لا جزؤه : وشتان ما بينهما » .

وقال صاحب مسلم الثبوت فى رده على الجمهور :

« إن القول : بتخصيص العام بالقولى دون العملى وكذلك تقييد المطلق بهما دون تخصيصه بالعملى تحكم صريح فلا يسمع ، وأن الفارق الذى ذكرتموه بين تقييد المطلق وتخصيص العام ملغى لأن مناط التخصيص والتقييد واحد وهو المتبادر عند غلبة الاستعمال فإذا تبادر التقييد فى المطلق يتبادر التخصيص فى العام .

وقد رد قياس الحنفية العام على المطلق بأمرين :

١ — إن ذلك غير محل النزاع ، لأن المطلق فى إشتر لحماً نزل على المقيد بقرينة ميلهم إليه وليس فيه ترك للمطلق وإنما الكلام فى العموم هل ينزل منزلة الخصوص وأين أحدهما من الآخر . والجواب على هذا فيما ذكر قبله .

٢ — إن قياس العام على المطلق قياس فى اللغة فلا يقبل .

وأجيب على ذلك : بأنه ليس قياساً فى اللغة لأن قياس اللغة إطلاق

اللفظ على شيء قياساً على آخر ، وما هنا ليس كذلك لأنه قياس في إثبات حالة للفظ فكما ثبت حالة التقييد تثبت حالة الإطلاق .

ويمكن أن يقال : إن حمل العام على المطلق من باب التنظير لا من باب القياس ودليل ذلك : أن الاستقراء شاهد بأن ما يتبادر إلى الذهن من اللفظ تجب إرادته والذي أوجب التبادر هنا هو التعامل (وبذلك يترجح قول من ذهب إلى التخصيص من الحنفية) .

وإذا قلنا بتخصيص الخطاب الشرعي بالعرف العملي فإن ذلك على ضربين :

الضرب الأول :

عرف وجد واستقر قبل ورود الخطاب وأقره الشارع ، وقد قال الفقهاء فيه : إنه مخصص للعام وفي الحقيقة أن المخصص إنما هو بتقرير الشارع لتلك العادة وقد تقدم أن الذين قالوا بعدم التخصيص قالوا : إن العادة بمجردها لا تخصص . وقد قالوا : إن الشارع إذا أقرها فهي مخصصة لأن وجودها قبل الخطاب تكون كالملفوظ بها لتعارفها بين الناس وتعاملهم بمقتضاها . فالتقرير لها وعدم إلغائها يجعلها مخصصة لا بمجرد كونها عادة وكذلك إذا أجمع عليها الصحابة فالمعتبر حينئذ هو التقرير أو الإجماع الحادثان بعد استقرار العادة واستمرارها .

وقال صاحب بلوغ السول من المالكية(١) :

« وأما العادة المتقررة قبل ورود الخطاب كما لو كانت عادتهم تناول

---

(١) بلوغ السول وحصول المأمول ص ١٧٩

البر من الطعام فورد خطاب عام بتحريم الربا فى الطعام فذهب الجمهور إلى أنها ليست مخصصة بل اللفظ باق على عمومه. ثم قال : قال الزرقونى :

« وعندى أن ماروى عن مالك — رضى الله عنه — من تخصيص عموم قوله تعالى « والوالدات يرضعن أولادهن » بالشريفة وأنه لا يجب عليها رضاع ليس من هذا القسم فقط بل منه ومن الذى قبله — أى التى تقررت بعد وروده — وذلك أن هذه العادة كما ذكر بعضهم هى عادة العرب قبل الإسلام واستمر الأمر فيها بعد الإسلام إلى زمن مالك فإقرارها فى زمن الوحى يقتضى التخصيص » اهـ .

فعادة العرب كانت قبل الاسلام أن ترضع المرأة غير الشريفة ولدها وأما الشريفة فلا يجب عليها إرضاع ولدها . واستمر هذا العرف إلى أن جاء الوحى ونزل القرآن فى حكم إرضاع الطفل ولم يتعرض لهذا العرف بالإلغاء وكذلك لم يوجب عليها الإرضاع لأنه لو وجب عليها ما استحقت الأجرة كذلك ، قال تعالى « فإن تعاسرتم فسترضع له أخرى » ، فهذا نص صريح فى عدم وجوب الإرضاع على الأم فلما جرى العرف بأن غير الشريفة ترضع ولدها والشريفة لا ترضع ولدها قال الإمام مالك — رضى الله عنه — بتخصيص الآية بالعرف .

هذا وإذا بلغ الولد حد الاضطرار للأم بمعنى ألا يوجد غيرها أو لا يرضع إلا منها فانه يجب عليها رضاعه كما يجب على كل أحد مواساة المضطر فى الطعام . . كما ذكر الفخر الرازى فى تفسيره(١) .

وقال ابن حيان فى البحر المحيط فى كلامه عن معنى الآية(٢) :

---

(١) جـ ٢ ص ٢٦٣

(٢) جـ ١ ص ٤٠٤

« صورته خبر محتمل أن يكون معناه — أى فى حكم الله تعالى الذى شرعه — فالوالدات أحق برضاع أولادهن . ويحتمل أن يكون معناه الأمر لكنه أمر ندب لا إيجاب إذ لو كان واجباً لما استحقت الأجرة . قال تعالى : (وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى) فوجوب الإرضاع إنما هو على الأب لا على الأم ، وعليه أن يتخذ له ظئراً إلا إذا تطوعت الأم بإرضـــاعه وهى مندوبة إلى ذلك ولا تجبر عليه فاذا لم يقبل غيرها أو لم يوجد له ظئر وعجز الأب عن الاستئجار وجب عليها إرضاعه فعلى هذا يكون الأمر للوجوب فى بعض الوالدات ، ومذهب مالك — رضى الله عنه — أنه حق على الزوجة لأنه كالشرط — أى حيث جرى به العرف — إلا أن تكون شريفة ذات نسب فعرفها ألا ترضع » اه .

فالعرف القائم عند نزول الآية خصصها عند الإمام مالك — رضى الله عنه — ولما تغير العرف أفتى المتأخرون من المالكية بوجوب الإرضاع على الزوجة لجريان العرف بذلك .

جاء فى شرح الخرشى وشرح الرسالة(١) :

« والمرأة ترضع — أى يجب عليها — أن ترضع ولدها إذا كانت فى العصمة — أى عصمة أبيه — أو كانت مطلقة طلاقاً رجعياً وهى فى العدة وليس لها أجر فى نظير ذلك لأن عرف المسلمين على توالى الأعصار والأمصار جار على أن الأمهات يرضعن أولادهن من غير طلب أجرة على ذلك » .

ويقول ابن رشد فى بداية المجتهد(٢) :

---

(١) شرح الخرشى ج ٢ ص ٦٠٢ وشرح الرسالة لأبى الحسن ج ٢ ص ١٠٤
(٢) ج ٢ ص ٤٦

« وأما من فرق بين الدنيئة والشريفة فاعتبر فى ذلك العرف والعادة » اه.

فتخصيص بعض الوالدات دون بعض بالعرف القائم وقت ورود الخطاب لم يشترط فيه المالكية أن يقره النبى — صلى الله عليه وسلم — كما قال غيرهم ، وإنما يكفى ألا يصرح الشارع بإلغائه فتى علم وجود العرف فى زمن الخطاب فهو معتبر فى التخصيص . قال القرافى : وعندنا العوائد مخصصة للعموم قال الإمام : إن علم وجودها فى زمن الخطاب وهو متجه » .

وقال فى نفائس الأصول(١) :

« إذا جهل مقارنة العادة لزمن الخطاب لا يجوز القطع بالتخصيص ولا الظن لأن العموم ظاهر لا ينصرف عن عمومه عملا بالأصل فلا يكون التخصيص مظنتها » ا هـ .

وعلى هذا : فان التخصيص بها مقيد بالعلم بوجودها زمن الخطاب ، وحيث لا تكون العادة موجودة زمن الخطاب فلا تكون مخصصة لو جدت بعده .

وأما الذين قالوا : بعدم التخصيص بالعادة فيما تقدم ، فقد قالوا : إن العادة بمجردها لا تخصص ولابد للتخصيص بها من إقرار النبى صلى الله عليه وسلم — للعرف : أو يجمع الصحابة عليه حتى يعتبر مخصصاً . والتخصيص لنص الشارع على هذا لا يكون بمجرد العادة بل هو بدليل خارجى هو تقرير النبى صلى الله عليه وسلم وتكون العادة أو العرف كاشفاً عنه إذا كان موجوداً فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وعلم به أو كان العرف موجوداً ولم يعلم به ثم أجمع عليه الصحابة ، فيكون هذا الإجماع هو المخصص . أما العرف الطارىء أو الذى لم يتحقق فيه هذا الشرط فلا أثر له .

---

(١) جـ ٣ ك ٢٢ والفروق جـ ١ ص ١٧٣

ولذلك رد فقهاء الشافعية قول من قال : إن الإمام الشافعى خصص عموم قول رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فى شأن الرقيق والخادم : « إخوانكم خولكم أطعموهم مما تطعمون وألبسوهم مما تلبسون » بالعادة الفعلية .

وهذا يخالف ما ذكره علماء الأصول ، حيث حمل الامام الشافعى — رضى الله عنه — الأمر فى قوله — صلى الله عليه وسلم « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم » على الاستحباب دون الوجوب لأن الحديث محمول على أنه خطاب للعرب الذين كانت مطاعمهم وملابسهم غير متفاوتة وكان عيشهم ضيقاً . فأما من لم يكن حاله كذلك ، وخالف معاشه ما كان عليه السلف والعرب وأصبح يأكل أجود المطعومات ويلبس جيد الثياب فلو واسى رفيقه كان أكرم وأحسن وإن لم يفعل فله ما قاله النبى — صلى الله عليه وسلم « نفقته وكسوته بالمعروف » . قال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — وهو عندنا ما عرف لمثله فى بلده الذى يكون فيه .

قالوا : فأنت تراه كيف خصص عموم لفظ النبى — صلى الله عليه وسلم — وهو قوله : « أطعموهم مما تأكلون وألبسوهم مما تلبسون بما كانت عادتهم فعله فى تلك الأزمان »[1] . ورد الزركشى ذلك بأن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — إنما خصص الحديث المذكور بقوله — صلى الله عليه وسلم «نفقته وكسوته بالمعروف» وفسر المعروف بالعرف، وجمع بين الحديثين بذلك وساعده فى حمل الحديث الأول على عادة المخاطبين ، وكلامنا فى التخصيص بمجرد العادة لا بدليل خارجى فليس فى كلام الشافعى — رضى الله عنه — ما ذكر اهـ .

---

(١) البحر المحيط للزركشى جـ ٢ ورقة ٩٣

هذا فى العادة الموجودة قبل ورود الخطاب واستمرت إلى وقت وروده ولم يلغها الشارع أو أقرها .

الضرب الثانى — العادة التى تقررت بعد ورود الخطاب :

أما العادة التى تقررت بعد ورود الخطاب فهى كالآتى :

١ — عادة تقررت بعد ورود الخطاب وكانت فى زمنه — صلى الله عليه وسلم — وأقرها كما لو نهى عن بيع الطعام بالطعام متفاضلا وجرت العادة ببيع بعضه متفاضلا وأقرها النبى ﷺ عليها فهذه العادة مخصصة والمخصص فى الحقيقة هو الإقرار .

٢ — عادة تقررت بعد زمنه ﷺ ودل على جواز بيع ذلك النوع بجنسه متفاضلا الإجماع فهذه العادة أيضاً مخصصة والمخصص فى الحقيقة هو دليل الإجماع .

يقول الاسنوى : « وقال فى المحصول : اختلفوا فى التخصيص بالعادات والحق أنها إن كانت موجودة فى عصره عليه الصلاة والسلام وعلم بها وأقرها كما إذا اعتادوا بيع الموز بالموز متفاضلا بعد ورود النهى، وأقره فإنها تكون مخصصة ولكن المخصص فى الحقيقة هو التقرير ، وإن لم تكن بهذه الشروط فإنها لا تخصص لأن أفعال الناس لا تكون حجة على الشرع ، نعم إن أجمعوا على التخصيص لدليل آخر فلا كلام .

ثم ذكر الأسنوى : أن البيضاوى ، قد تابع صاحب المحصول على هذا التفصيل ، وهو فى الحقيقة موافق لما نقله الآمدى عن الجمهور فإنهم يقولون : « إن العادة بمجردها لا تخصص وإن التقرير يخصص » اهـ .

٣ — أما العرف الحادث بعد عصر النبى ﷺ وعصر الصحابة

رضى الله عنهم — فإنه إذا أجمع عليه الفقهاء فهو كالقسم الثانى ، ويكون المخصص هو دليل الإجماع ويمثل الفقهاء لهذا القسم والذى قبله — بالاستصناع — فقد قالوا : إن استمرار التعامل به من عهد السلف من غير نكير خصص حديث النبى عن بيع الإنسان ماليس عنده لما فيه من الغرر .

وقال الفقهاء إذا كان النص معللا بعلة مثل حديث نهى رسول الله ﷺ عن بيع وشرط ، فقد قالوا إن الحديث معلل بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث واعتبر ذلك استثناء من القواعد العامة وقالوا العرف قاض على القياس ، وقد ذكر الكمال بن الهمام فى مسألة شراء النعل على أن يحذوها البائع : أنه يجوز استحساناً ويلزم الشرط للتعامل ، ثم قال : « ومثله فى ديارنا شراء القبقاب على أن يسمر له سيراً » اه .

وهذا عرف خاص فوق كونه حادثاً إلا أن النص لما كان معللا بعلة وقد منع التعارف سبب النهى فقد قالوا : إنه يخصص الحديث ، وإن كان بعض الفقهاء اشترط فى ذلك أن يكون العرف عاماً .

قال ابن عابدين :

فإن قلت : إن ماقدمته من أن العرف العام يصلح مخصصاً الأثر ويترك به القياس إنما هو فيما إذا كان عاماً من عهد الصحابة — رضى الله عنهم — ومن بعدهم بدليل ما قالوا فى الاستصناع أن القياس عدم جوازه لكنا تركنا القياس بالتعامل به من غير نكير من أحد من الصحابة ولا من التابعين ولا من علماء كل عصر وهذا حجة يترك به القياس . قلت :

« من نظر إلى فروعهم عرف أن المراد به ما هو أعم من ذلك ،

ألا ترى أنه نهى عن بيع وشرط وقد صرح الفقهاء بأن الشرط المتعارف لا يفسد البيع كشراء نعل على أن يحذوها البائع ، ومنه لو شرى ثوباً خلقاً أو خفاً خلقاً على أن يرقعه البائع ويخرزه ويسلمه فإنهم قالوا يصح للعرف فقد خصصوا الأثر بالعرف » .

وقد رفض هذا الذي ذكره ابن عابدين وغيره من فقهاء الحنفية في التخصيص بالعرف الحادث الشوكاني وصرح بأنه خطأ فقد قال في (إرشاد الفحول) بعد أن بين أن التخصيص يكون بالعادة المشتهرة في زمن النبي — صلى الله عليه وسلم — حيث جاء الخطاب بما يفهمونه وهم لا يفهمون إلا بما تعارفوه بينهم وحيث لم يكن كذلك فلا حكم لها ولا يلتفت إليها . ما نصه :

« والعجب ممن يخصص كلام الكتاب والسنة بعادة حادثة بعد انقراض زمن النبوة تواطأ عليها قوم ، وتعارفوا بها ، ولم تكن كذلك في العصر الذي تكلم فيه الشرع فإن هذا من الخطأ البين . ثم قال : أما لو قال المخصص بالعادة الطارئة أنه يخصص بها ما حدث بين أولئك الأقوام المصطلحين عليها من التحاور في الكلام والتخاطب في الألفاظ فهذا مما لا بأس به » .

وقال بعض الفقهاء من الحنفية كمشايخ بلخ إن حديث النهي عن قفيز الطحان . مخصص بما تعورف عندهم من دفع الغزل إلى حائك لينسجه بالثلث أو جزء منه وهذا يجعل الحديث مقصوراً على ماورد فيه ويعمل بالعرف فيما عداه .

وقد رد جمهور الحنفية ذلك بأن هذا يتعارض وحديث النهي عن قفيز الطحان لأن الحائك نظيره فيكون وارداً فيه دلالة فتي ترك العمل بدلالة هذا النص في الحائك كان تخصيصاً للنص بتعامل أهل بلدة واحدة وتعامل

أهل بلدة واحدة لا يخصص الأثر لأن التعامل الخاص إن اقتضى التخصيص لجريانه فى بلد ما فترك التعامل من أهل بلدة أخرى يمنع التخصيص فلا يثبت التخصيص بالشك بخلاف التعامل فى الاستصناع فإنه وجد فى جميع البلاد واستمر الناس عليه من عهد الصحابة والتابعين[1] اهـ.

وإذا ما قيل إن الشرط المتعارف خصص النص لما ذكر فهو معتبر فلا يمكن اعتبار العرف الحادث مخصصاً للنص فيما عداه ، لأن حديث النهى عن بيع وشرط معلل بما يفضى إلى النزاع .

الموضع الثانى : تخصيص العرف والعادة لألفاظ الناس :

أى أن عرف الشارع خصص ألفاظ الناس ، وعرف الناس يخصص ألفاظ الناس ؟

فعرف الشارع يخصص ألفاظ الناس لأن الشرع مقدم على العرف فيكون مخصصاً له ، وذلك مثل من نذر صوم الدهر لم يلزمه ما يحرم صومه من أيام السنة وكذلك لا يدخل ما وجب صومه شرعاً كرمضان وفى رواية عند الحنابلة يدخل فيه ما وجب صومه ، وقد قال ابن رجب الحنبلى فى قواعده[2] : (ويخص العموم بالشرع على الصحيح) .

وكذلك لو أوصى لأقاربه لم يدخل الورثة لقوله — صلى الله عليه وسلم — لا وصية لوارث .

وأما عرف الاستعمال فإنه يخصص ألفاظ الذين تعارفوه فيما بينهم .

---

(١) يراجع رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ٢٢٩

(٢) قواعد ابن رجب القاعدة (١٢٣)

جاء فى جامع الفصولين « مطلق الكلام بين الناس ينصرف إلى المتعارف » .

فعادة الناس تؤثر فى تعريف مرادهم من ألفاظهم فتخصص عامها وتقييد مطلقها سواء كانت العادة عامة أو خاصة .

قال الغزالى فى المستصفى(١) :

« وعلى الجملة فعادة الناس تؤثر فى تعريف مرادهم من ألفاظهم ولكن لا تؤثر فى خطاب الشارع إياهم » .

وقال الزركشى : « فأما خطاب الناس فيما بينهم من المعاملات وغيرها فيتنزل على موضوعاتهم كنقد البلد فى الشراء والبيع وغيره إذا أرادوه وإلا عمل بالعام ولا يحال اللفظ عن وجهه إلا بدليل »(٢) .

ولذلك قال الفقهاء : إن على القاضى والمفتى مراعاة العرف فى الفتوى والقضاء وينزل الحكم على المعتاد فى كل بلد وقع فيه التعامل كما تحمل ألفاظ التصرفات على عرف المتصرف دون غيره .

قال ابن عابدين(٣) :

« المفتى الذى يفتى بالعرف لابد له من معرفة بأحوال الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وأنه مخالف للنص أولا ولابد له من التخريج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل فإن كان المجتهد لابد له من معرفة عادات الناس فكذلك المفتى » .

---

(١) ج ٢ ص ١١١ (٢) البحر المحيط ج ٢ ورقة ٩٢

(٣) الرسائل ج ٢ ص ١٣٥ ويراجع العرف والفتوى فى الباب الخامس .

هذا وقد قال الفقهاء إن اللفظ المعتبر فى تخصيص العام وبيان المراد منه هو أن يستعمل أهل العرف اللفظ الموضوع لمعنى فى اللغة فى بعض ما يتناوله هذا اللفظ. ويشمل الاستعمال حد النقل ومجرد الأول — وضابط النقل أن يصير المعنى المنقول إليه اللفظ هو المتبادر من غير قرينة وغيره يكون مفتقراً إلى القرينة فإذا ما صارت الغلبة لمعنى دون غيره كان هو المنظور إليه دون سواه (كما تقدم فى الحقيقة والمجاز) ويقول الكرخى فى رسالته فى الأصول التى عليها مدار فروع فقه الحنفية[1] .

(الأصل) أن السؤال يمضى على ماعم وغلب لا على ماشذ وندر . ومن مسائله : أن من حلف لا يأكل بيضاً فهو على بيض الطير دون بيض السمك ونحوه .

وقال أيضاً (الأصل) أن جواب السائل يجرى على حسب ما تعارفه كل قوم فى مكانهم ومن مسائله إذا حلف لا يتغذى حنث باللبن وحده إذا كان فى بلاد العرب دون العجم وغذاء كل قوم ماتعارفوه .

ويقول ابن رجب الحنبلى فى قواعده[2] :

قاعدة فى تخصيص العموم بالعرف وله صورتان :

(إحداهما) أن يكون قد غلب استعمال الاسم فى بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به العموم فلو حلف لاركبت دابة لايتناول إلى ما يسمى فى العرف كذلك .

---

(١) رسالة الكرخى مطبوعة مع تأسيس النظر ص ٥

(٢) القاعدة (١٢١) ص ٢٧٤ : ٢٧٦

(ثانيتها) : أن يكون كذلك وهو نوعان :

(النوع الأول): مالا يطلق عليه الاسم إلا مقيداً ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل فى العموم بغير خلاف نعلمه مثل ماء ورد ولا يدخل فى مطلق ماء ، وتمر هندى لا يدخل فى مطلق التمر .

(النوع الثانى) : ما يطلق عليه الاسم العام لكن الأكثر لا بقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الإطلاق دخوله فيه ، ومثال ذلك لو حلف لا يأكل رأساً ، قال القاضى[1] : يحنث بأكل كل ما يسمى رأساً ، وقال فى رأى آخر ووافقه أبو الخطاب لا يحنث إلا برأس يؤكل فى العادة ، وهل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الحالف وجهان فى مذهب الحنابلة .

وقال ابن رجب أيضاً « ويخص العموم بالعادة — العرف العملى على الصحيح » .

والخلاصة أنه إذا جرى العرف باستعمال اللفظ فى معنى دون غيره من المعانى وكذلك إذا اعتاد الناس فعل شىء من الأشياء فإن العرف القولى والعملى يخصص العام من ألفاظ الناس . وإن خالف بعض الفقهاء كالقرافى من المالكية والقاضى من الحنابلة فى التخصيص بالعرف العملى . إلا أن الجمهور على التخصيص به وحكى ابن رجب أنه الصحيح عند جمهور الحنابلة وكذلك هو الصحيح عند جمهور المالكية . . وأوردوا لمسائل فى المذهب تدل على التخصيص بالعوائد الفعلية وإن كانت خاصة . ومما ساقه بعضهم للدلالة على ذلك قولهم :

إذا وكل الرجل رجلا آخر فى شراء ثوب له فيشترى مالا يناسب

(١) القاضى أبو يعلى الفراء . وهو الذى ينصرف إليه لفظ القاضى إذا أطلق عند الحنابلة .

عادته ، أو عادة خدمه وأفتوا بأنه ما اشتراه غير لازم الموكل بل هو لازم الوكيل .

هذه هى خلاصة آراء الفقهاء فى تخصيص العام بالعرف سواء كان عرف الشارع أو عرف الاستعمال وقد تبين من أقوال الفقهاء أن القول بتخصيص العرف لألفاظ الشارع هو الراجح كما ذكر وكذلك عرف الشارع يخصص ألفاظ الناس ، وعرف الناس يخصص ألفاظهم التى تعارفوها فى التخاطب بينهم .

خامسا : العرف وتقييد المطلق

لقد ذكر فيما تقدم أن الفقهاء اتفقوا على تقييد المطلق اللهم إلا ما نقل عن القرافى حيث ذكر خلاف ذلك ووافقه الزيلعى من الحنفية فى عدم التقييد بالعرف العملى .

ويقول المحلى فى شرحه على جمع الجوامع(١) : وإن كان الأصح عنده عدم التخصيص :

« المطلق والمقيد كالعام والخاص فما جاز تخصيص العام به يجوز تقييد المطلق به » اهـ .

ونقول : إن بعض الفقهاء يرى جواز ذلك ، وبه أخذت المادة .

المادة (٦٤) من مجلة الأحكام العدلية :

« المطلق يجرى على إطلاقه مالم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة »(٢) اهـ .

---

(١) جـ ٢ ص ٨٤ (٢) جـ ٢ ص ١٢١

وذكر شراح المجلة : أن دلالة العرف تقيد المطلق كما تقيده دلالة الحال والنص ومثلوا لذلك بمثل ما ذكره العز بن عبد السلام فى قواعد الأحكام حيث قال

(فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العام وتقييد المطلق وغيرها له أمثلة) ا هـ . وذكر لذلك ثلاثة وعشرين مثالا نجتزىء منها بما يكفى الدلالة على المطلوب .

المثال الأول : التوكيل فى البيع المطلق فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع وينزل منزلة صريح اللفظ ، فإنه لو قال للوكيل بع هذا بثمن مثله من نقد هذا البلد إن كان له نقد واحد أو من غالب نقد هذا البلد إن كان له نقود ، ويدل هذا على أن الرجل إذ قال لوكيله بع دارى هذه فباعها بخوزة مثلا فإنه عند أهل العرف : أن هذا غير مراد ولا داخل تحت لفظه وكذلك لو وكله فى بيع جارية تساوى ألفاً فباعها بثمرة فإن العقلاء يقطعون بأن ذلك غير مراد لاطراد العرف بخلافه .

المثال الثانى : حمل الإذن فى النكاح على الكفء ومهر المثل وهو المتبادر إلى الإفهام بدليل أنه إذا قال : من هو أشرف الناس وأنضاهم وأغناهم لوكيله وكلتك فى تزويج ابنتى فزوجها بعبد فاسق مشوه الخلق على نصف درهم فإن أهل العرف يقطعون بأن ذلك غير مراد باللفظ . لأن اللفظ قد صار عندهم مقيداً بالكفء ومهر المثل ولا شك أن هذا طارىء على أصل الوضع ا هـ .

فالألفاظ المطلقة فى التوكيل فى البيع والزواج وغير ذلك قيدها العرف بالمعتاد بين الناس وصار العرف يطيل على المراد من اللفظ وقد خالف فى

ذلك القرافى كما تقدم نقال فى الفروق(١) .

« إن العرف الفعلى : لا يؤثر فى اللفظ اللغوى تخصيصاً ولا تقييد لعدم معارضة الفعل وعدمه لوضع اللغة ومعارضة غلبة استعمال اللفظ فى العرف للوضع اللغوى » اهـ .

والقرافى فى هذا يعلل ما ذكره بأن اعتياد الفعل لا يعارض الوضع اللغوى ويخل به واستعمال اللفظ فى العرف يعارض الوضع اللغوى ، وهذا لا أثر له فإن كلا من التخصيص والتقييد لا يعدو أن يكون بياناً للمراد من اللفظ ، وقد قال : بأن العرف القولى يخصص ويقيد . فالعرف العملى كذلك من غير فرق كما سلف . . وقد رد فقهاء المالكية ما قاله القرافى .

ورأى القرافى موافق لرأى الإمام أبى حنيفة — رضى الله عنه — والزيلعى فى تبيين الحقائق وهو مخالف لجهور الحنفية والصاحبين فى ذلك .

قال أبو زيد الدبوسى فى تأسيس النظر(٢) :

« الأصل عند أبى حنيفة — رضى الله عنه — أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف وعندهما يختص وعلى هذا مسائل . . منها :

أن الوكيل بالبيع المطلق إذا باع بما عز وهان وبأى ثمن كان جاز

---

(١) جـ ١ ص ١٧٣

(٢) ص ١٥

عند أبى حنيفة لأن الإذن مطلق والتهمة منفية فلا يختص بالعرف وعندهما يختص .

ومنها « أن الوكيل بالنكاح إذا زاد فى مهر المرأة زيادة لا يتغابن الناس فى مثلها جاز عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز إلا بما يتغابن الناس فى مثلها وكذلك الوكيل بالخلع على هذا الخلاف » .

وقال الزيلعى فى (تبيين الحقائق) فى باب اليمين فى قول « صاحب الكافى » بعدم الحنث فى أكل لحم الآدمى فيمن حلف لا آكل لحماً .. قال الزيلعى(١) :

« ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيداً بخلاف العرف اللفظى ، ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظى ، فإن اللفظ عرفاً لا يتناول إلا الكراع ، وإن كان فى اللغة يتناوله، ولو حلف لا يركب حيواناً يحنث بالركوب على الإنسان لأن اللفظ يتناول جميع الحيوان ، والعرف العملى وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيداً » اهـ.

وكما رد المالكية ما قاله القرافى رد الكمال بن الهمام فى فتح القدير ما قاله الزيلعى وهو ما وافق فيه أبا حنيفة — رضى الله عنه — بأن أصل الحنفية « أن الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال والعادة ، وما العرف العملى إلا نوع من العادة »(٢) .

وقد وافق الزيدية الجهور فقالوا : إن العرف يقيد المطلق ، وأن المطلق لا يتناول خلاف المعتاد ، ويفهم من تفريعاتهم على أصل المسألة

---

(١) تبيين الحقائق جـ ٣ ص ١٢٨

(٢) يراجع ما تقدم ص ٤٠ ومابعدها .

أنهم يعولون على العرف كثيراً وخاصة فيما كان مطلقاً فى التصرفات والعقود .

قال صاحب البحر الزخار(١) :

« وللمأذون البيع والشراء ولو غبن المعتاد لا الفاحش إذ لا يتناوله الأذن ، وقال أبو حنيفة بل ينفذ حيث الأذن مطلق » .

قلنا « المطلق لا يتناول خلاف المعتاد ، والمأذون فى التصرفات ما جرت العادة به للتجار فيرهن ويرتهن ويوكل ويبيع بالعرض وغيره عما يتعامل به ، لو بغير نقد البلد والمذهب وكذا البيع بالنسيئة » والشافعى (لا) ، لنا : العادة » اهـ .

ثم بين أن ما عرف أن الإذن المطلق لا يتناوله إذا جرى عرف بتناوله تناوله الإذن المطلق تبعاً للعرف وهذا هو رأى المالكية والحنابلة وجمهور الحنفية .

وما اعتاده بعض الناس لا يحق أن يحمل عليه غيرهم وكذلك لا يحمل على العرف أهله إذا أرادوا مخالفته كما تقدم فى شروط العرف .

وإنما يراعى حمل أصحاب العادة والعرف على ما اعتادوه وتعارفوا عليه لأن التزامهم به واطراد العمل به بينهم يخصص عموم ألفاظهم ويقيد مطلقها على الوجه الذى ذكر .

(١) البحر الزخار جـ ٣ ص ٣٠٣

سادساً — العرف والإجماع

إن الإجماع هو اتفاق المجتهدين فى عصر على أمر ، فأساسه عدم الاختلاف ، والعرف أساسه العمل . وبعض الفقهاء يضربون المثل بالاستصناع أحياناً للتعامل الجارى والتعارف بين الناس كما فعل ابن عابدين ويراه صاحب كشف الأسرار شرح البزدوى وغيره إجماعاً ، وعبر بعضهم عن الاستصناع فقال : إنه أجيز استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملى .

وقد تقدم فى أدلة اعتبار العرف كيف كان الإجماع دليلا على اعتباره ، وأن المجمعين لما أجمعوا على بعض المسائل وكانت هذه المسائل معللة بالعرف والحاجة التى كشف عنها العرف كما فى مثال القراض الذى ذكر وفى مثال الاستصناع المشار إليه ، وغير ذلك من المسائل المجمع عليها للتعامل نظراً للحاجة والمصلحة .

كما وقد تقدم أن بعض الفقهاء قال : إن هذه العوائد والأعراف العامة إنما تعتبر إذا وقعت فى عهد الصحابة والتابعين وأجمعوا عليها ، أو أجمع عليها غيرهم من أهل الإجماع أما التعامل الواقع بعد ذلك فى عصر التقليد فلا اعتبار به ولا يمكن رده إلى الإجماع وليس إذ ذاك اجتهاد ، مع أن هذه الأمور معللة بالتعامل فى جميع الأحوال ، وقالوا فى شروط الاستصناع أن يكون مما يجرى به التعامل بين الناس من أوانى الحديد والرصاص والنحاس وما شابه ذلك مما تعارفه الناس فى عهد السلف .

ويمكن القول : إن الإجماع قد قام دليلا على العرف كما تقدم وبناء على ذلك فإنه ينظر إلى علة الحكم المجمع عليه ، فإذا وجدت علته وتحققه فى أمر ما فإنه يرد إلى دلالة الإجماع الأول بلا تردد .

ومثال ذلك أن الفقهاء أجمعوا على جواز الاستصناع وعللوا ذلك بالحاجة الداعية إلى التعامل به مع أنه بيع ما ليس عند الإنسان واستمر العمل على ذلك فى جميع العصور ، وكان المعروف فى عهد الإجماع استصناع أوانى النحاس والرصاص والحديد وما شابه ذلك مما تعارفه الناس فى عهد السلف ، ثم جد فى عصرنا اليوم استصناع أشياء أخرى يحتاج إليها الناس ومن غير الاستصناع فيها لا يمكن الوصول إليها والانتفاع بها فيكون ذلك أمارة الحاجة ودالا عليها لأنها هى العلة التى نظر إليها الفقهاء الذين أجمعوا على جواز الاستصناع .

وقد قال الفقهاء مثل ذلك فى الإجازة وغيرها كدخول الحمام والشرب من السقاء ، فالإجارة القياس فيها عند الحنفية عدم الجواز لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد إلا أنها أجيزت للضرورة .

قال ابن نجيم فى الأشباه والنظائر :

« الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة . ولهذا جوزت الإجارة على خلاف القياس ومنها جواز الاستصناع للحاجة ، ودخول الحمام مع جهالة مقدار مكثه وما يستعمله من مائه وشربه من السقا » اهـ .

فهذه الأمور تعامل بها الناس ورآها الفقهاء فى جميع العصور ولم تنكر على أحد نظراً لحاجة الناس إليها واستمرارهم على العمل بها وتلقتها عقولهم بالقبول واتفقت مع أهداف الشريعة من إزالة الضيق والضرر ورفع الحرج ، وقد نظر الفقهاء إلى ذلك فيما أجمعوا عليه وكانت العلة هى : اليسر ورفع الحرج ، فالحكم الشرعى المتعلق بهذا النوع أو غيره مما تعارفه الناس اليوم واتفق عليه المجتهدون أو على جنسه فى عصر الإجماع قد جعل لهذا العرف اعتباراً فى التشريع الإسلامى .

وقد ذكر الفقهاء أن الحكم المجمع عليه لا تجوز مخالفته . فهل يجوز مخالفة الحكم المجمع عليه إذا كان معللا بالعرف إذا تغير العرف الذى هو مناط الحكم ؟

والإجابة على ذلك فيما يلى :

١ — إن الإجماع إذا كان على حكم ثابت لا يتغير أو لا تتغير مصلحته أو علته كالعبادات والمقدرات المنقولة عن النبى — صلى الله عليه وسلم — فهذا النوع لا يتغير مهما تغير العرف واختلف الزمن .

٢ — إذا كان الإجماع على حكم من الأحكام المعللة بالعرف لتحصيل مصلحة كما أجمعوا على جعل الدية على أهل الديوان فى عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - فإنه فى عصرنا اليوم وقد أصبح الديوان غير معتبر فى ذلك ولا تناصر بين أهله فإن هذا الحكم المجمع عليه قد تغيرت علته التى كانت سبب الإجماع فيما سلف بسبب اختلاف العرف وتغير الزمن ، ولذا فإن هذا يستتبع تغير الحكم كما تغير فى عهد عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — عنه فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فقد كان الحكم فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إيجاب الدية على العشيرة كما هو عرف العرب حيث كان التناصر بالعشيرة .

وقد جاء فى ذلك ما روى فى الصحيحين عن أبى هريرة — رضى الله عنه — أن امرأتين اقتتلتا فحذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها . فقضى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — أن دية جنينها غرة — عبد أو أمة — وقضى بدية المرأة على عاقلتها ، أى الضاربة، وفى رواية أن العقل على عصبتها اهـ .

ونظر الفقهاء إلى المعنى الذى من أجله حكم النبى - صلى الله عليه وسلم -

بالدية على العاقلة ، وهو التعاون والنصرة بين أفرادها ويدى بعضها عن بعض لذلك ، وكان العرب يعدون ذلك من مكارم الأخلاق والنبي — صلى الله عليه وسلم — يقول : « إنما بعثت لأتمم مكارم الأخلاق » وقال الفقهاء : « إن عاقلة الجانى من بهم التناصر عرفاً » .

وقد كان العرف فى عهد النبي — صلى الله عليه وسلم — فى العاقلة أنهم العصبة ثم تغير العرف فى عهد عمر — رضى الله عنه — لما دون الدواوين، وجعل لكل طائفة ديواناً خاصاً بها صارت النصرة بالديوان وأصبح التناصر بين أهل الديوان كالتناصر بالعاقلة ، وقد جعل عمر - رضى الله عنه - الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة فكان إجماعاً ، لأن الدية كانت على أهل النصرة من العاقلة فجعلها على الديوان اتباعاً للمعنى(١) .

هذا هو حكم الدية المجمع عليه فهل بعد أن تغير العرف ولم يعد هناك تناصر بين أهل الديوان أو لا تناصر على الإطلاق يقال : إن الحكم مجمع عليه ولا تجوز مخالفته ؟

والإجابة على ذلك : أن تغير الحكم المجمع عليه والمعلل بالعرف إنما يكون لتغير العرف الذى هو مناط الحكم .

وأمام هذا الحكم المجمع عليه اختلف الفقهاء بعد ذلك — هل يحمل الديوان الدية كالعاقلة من العصبة قبل تدوينه أم لا .

قال الإمام الشافعى وأحمد — رضى الله عنهما — تكون الدية

(١) الأحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٥ وأبى يعلى ص ٢٢٠ أحكام القرآن للجصاص ج ٣ ص ١٠٤

على العصبة ، واستدلا بقضائه — صلى الله عليه وسلم — بذلك فى الحديث المتقدم .

وقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى الأم(١) :

« والعاقلة النسب فإذا جنى الرجل بمكة وعاقلته بالشام فالقياس أن يكتب حاكم مكة إلى حاكم الشام فيأخذ عاقلته بالعقل ولا يحمله أقرب الناس إلى عاقلته بمكة بحال وله عاقلة بأبعد منها . ثم يبين الإمام الشافعى — رضى الله عنه — بأن الدية لا تخرج عن العصبة حتى تفقد قرابته أو لا تحتمل الدية وأن العاقلة سواء كان بعضها فى الديوان الذى أحدثه عمر — رضى الله عنه — وبعضها ليس فيه فهى واجبة عليها لقضائه — صلى الله عليه وسلم — بها على العاقلة » اهـ .

ويذكر فقهاء الحنفية والمالكية ومن وافقهم : أن التعاقل بالديوان إن وجد لأن عاقلة الجانى من يكون بهم التناصر عرفاً وهذا المعنى هو الذى جعل عمر — رضى الله عنه — يقضى بالدية على أهل الديوان لأن النصرة أصبحت معروفة بين أهله .

قال السرخسى فى المبسوط :

« ولا شك أن المعتبر النصرة فى حق كل قاتل يعتبر ما به تتحقق النصرة ، وتناصر أهل الديوان يكون بالديوان ، فان كان القاتل من قوم يتناصرون بالحلف فذلك هو المعتبر لأن المعنى متى عقل فى الحكم الشرعى تعدى الحكم بذلك المعنى إلى الفروع(٢) .

---

(١) جـ ٦ ص ١٠١

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ٢٧ ص ١٢٤ ، ١٢٥

وقال أيضاً : إن عمر — رضى الله عنه — لما دون الدواوين وفرض الأعطيات جعل المعاقل على أعطياتهم . . وماكانت الدواوين فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وإنما كانوا يتناصرون بالقرابة بعد الدين ، فلما دون عمر الديوان جعل التعاقل بالديوان لأنه باعتبار التناصر والتناصر بالديوان دون العاقلة ، فان أهل الديوان وإن كانوا من قبائل شتى يقوم بعضهم بنصرة بعض » ا هـ .

وذكر الزيلعى فى تبيين الحقائق[1] :

ويكون العقل على أهل النصرة ، قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كانوا بالحلف فأهله ا هـ .

ومن هذا الذى ذكر تبين كيف خالف الفقهاء الحكم المجمع لأنه معلل وقد تغير العرف الذى هو مناط الحكم . . كما سلف .

أما إذا انتفى التناصر بين الناس وكان الجانى من قوم لا تناصر بينهم وصار كل امرىء معتمداً على نفسه فان الدية تجب فى مال الجانى ، وكذلك تجب فى ماله إذا لم يوجد بيت مال منظم ولا تناصر بالعشيرة وغيرها . . يقول ابن عابدين[2] :

« إن التناصر أصل هذا الباب والتناصر منتف الآن وحيث لا قبيلة ولا تناصر فالدية فى مال الجانى » .

ثم قال : وقال فى المجتبى :

« إن العشائر قد وهت ورحمة التناصر قد رفعت وبيت المال قد انهدم فتعين أن تجب فى مال الجانى » [3] .

---

(١) تبيين الحقائق كتاب المعاقل .

(٢) رد المختار جـ ٥ ص ٤٥٦ ويراجع درر الحكام جـ٢ ص١٢٥ ويراجع ماتقدم ص ٧٣

(٣) يراجع أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ١٠٤ وتفسير آيات الأحكام للشيخ محمد على السايس جـ ٢ ص ١٢٣

التناصر بين الجمعيات والنقابات

يوجب الدية عليها فى العصر الحاضر

إذا نظرنا - فيما تقدم - من حديث الفقهاء عن علة إيجاب الدية على العاقلة بسبب التناصر قبل إنشاء الدواوين فى عهد الخليفة الثانى عمر بن الخطاب رضى الله عنه - فإنه لما أنشأها ووجد التناصر بين أفرادها وجبت الدية على أهل كل ديوان من الدواوين، إذا حدث من أحد أفرادها ما يستوجب الدية.

وأن الفقهاء حكموا بإيجاب الدية حيث وجد التناصر بين قوم أو طائفة كما قال الزيلعى - رضى الله - فى تبيين الحقائق :

« ويكون العقل على أهل النصرة ، قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وإن كانوا بالحلف فأهله » أى فعاقلتهم أهل الحلف .

وإذا كان إيجاب الدية على من قام بينهم التناصر عرفاً سواء كان بين العشيرة ، أو أهل الديوان ، فإننا اليوم نرى أنه أصبح لكل طائفة من الطوائف ، نقابة ، أو اتحاد ، كما يوجد اتحاد عام للعمال فى مصر سوى ما له من فروع فى كل مكان ولكل طائفة ويقوم التناصر بين أفرادها والتعاون بينهم إذا حدث لأحد منهم شىء من النوازل والشدائد ، فلهذا أقول :

١ — إنه يجب أن تتحمل كل نقابة أو اتحاد أو هيئة - أياً كان اسمها الدية التى تجب على أفرادها .

٢ — ووجوب الدية يكون أولا على الفرع الذى ينتسب إليه الجانى فى بلده فإن لم يف ماله بذلك فعلى الاتحاد العام فى ماله .

وهذا ما تقتضيه أحكام الشريعة التي اعتبرت التناصر القائم بين أى جماعة علة وجوب الدية على أفرادها كما أوجبه عمر بن الخطاب رضى الله عنه - على أهل كل ديوان .

أثر العرف فى اعتبار الأموال التى تؤخذ منها الدية

وكما كان للعرف هذا الأثر فى بيان من تجب عليه الدية كذلك للعرف العملى أعتبار فى الأموال التى تؤخذ منها الدية وتكون من المال الغالب عند أهل كل مصر من الأمصار .

وقد فرضت الدية فى عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - مائة من الإبل ثم قومها عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - بالذهب والفضة تبعاً للقيمة التى كانت عليها يومها ولذا فهى تقوم كلما وجبت على إنسان فى أى بلد وأى زمن قيمة يومها . وهناك رواية ذهبت إلى أن النبي - صلى الله عليه وسلم - هو الذى قومها .

قال الإمام الشافعى رضى الله عنه (١) :

« إن رسول الله - صلى الله عليه وسلم - فرض الدية مائة من الإبل ثم قومها عمر - رضى الله عنه - على أهل الذهب قيمة يومها فاتباعه أن تقوم كلما وجبت على إنسان » .

ويرى الإمام الشافعى - رضى الله عنه - أن الدية تقوم بحسب الظروف والأحوال والبلاد ولا يكلف أحد إلا ما يجده من مال . وذلك فيما رواه أبو داود والنسائى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن النبي -

---

(١) الأم جـ ٦ ص ١٠٠

ﷺ - كان يقوم دية الخطأ على أهل القرى أربعمائة دينار أو عدلها من الورق ويقومها على أثمان الإبل إذا غلت رفع من قيمتها وإذا هاجت ورخصت نقص من قيمتها ، وبلغت على عهد رسول الله - صلى الله عليه وسلم - ما بين أربعمائة الى ثمانمائة وعدلها من الورق ثمانية آلاف درهم وقضى على أهل البقر مائتى بقرة ومن كانت دية عقله فى الشاه بألفى شاه » أ هـ . وفى رواية لأبى دواد « وعلى أهل الحلل مائتى حلة » ا هـ(١) .

ويفهم من كلام المالكية والحنفية ، أن التقويم الذى وضعه عمر - رضى الله عنه - هو الواجب فى الدية على أهل الذهب ألف دينار وأهل الورق اثنى عشر ألف درهم ، وأهل الإبل مائة من الإبل وأهل البقر مائتى بقرة مسنة وأهل الشاه ألف شاه وعلى أهل الحال ألف حلة .

ويستفاد من كلام الإمام مالك فى الموطأ وشرح الباجى عليه أن الدية تؤدى من مال الغالب عند من وجبت عليهم الدية بطريق الإلزام لايكلفون غيره ، قال فى الموطأ :

« الأمر المجتمع عليه عندنا أنه لايقبل من أهل القرى فى الدية الإبل ولا من أهل العمود الذهب ولا الورق ولا من أهل الذهب الورق ولا من أهل الورق الذهب » ا هـ .

ويذكر الباجى فى المنتقى : أنه قد عين على كل بلد مال فأهل الذهب أهل مصر والشام والمغرب ومكة والمدينة ، وأهل الفضة العراق وفارس وأهل الإبل البادية . ثم يقول :

« وعندى أنه يجب أن ينظر إلى غالب أموال الناس فى البلاد، فأى بلد

---

(١) سبل السلام جـ ٣ ص ٢٤٦

غلب على أموال أهلها الذهب فهم أهل ذهب وأى بلد غلب على أموالهم الورق فهم أهل ورق، وربما انتقلت الأموال فيجب أن تنتقل الأحكام، وقد أشار مالك إلى ذلك فى قوله: فأهل مكة والمدينة اليوم أهل ذهب(١).

وهذه العبارة التى ذكرها الباجى تفيد أن هذا التعيين بناء على عادة عصره الذى كان فيه وكذلك التعيين الذى ذكره الإمام مالك ـ رضى الله عنه ـ كان بناء على عصره الذى كان فيه.

أما فقهاء الحنفية فيقولون: إن الأداء من المال الغالب ليس بطريق الإلزام بل لو أدى من وجبت عليه الدية غيره بالتراضى أو بقضاء القاضى جاز وذلك من الأصناف الستة التى تؤدى منها الدية، وهى الذهب والفضة والإبل والبقر والضأن والحلل، وتحديد مقاديرها فى كل صنف محدود بالشارع، وإن اختلف المقدار فى التحديد فى بعض الأصناف مثل الفضة فهى عند المالكية والشافعية اثنا عشر ألف درهم وعند الحنفية عشرة آلاف.

وبعد هذا الذى ذكر فى بيان الدية والأموال التى تؤخذ منها وأثر العرف فى ذلك يمكن القول: بأن الدية تؤدى من المال الغالب عند أهل كل بلد تبعاً لعرفهم فى التعامل الجارى بينهم كما يقول المالكية، ولكن ليس بطريق الإلزام فلو أدى غيره بالتراضى أو بقضاء القاضى جاز كما ذكر فقهاء الحنفية، وأن تقديرها يخضع للأحوال والظروف والبلد الذى فيه من وجبت عليه الدية أو الجناية تبعاً لأصح القولين عند الشافعية والحنابلة وهو الذى ذكره الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى الأم كما تقدم. وهو الرأى عند جمهور الحنابلة.

وهذا الرأى فيه مسايرة لروح الشريعة السمحة وتسهيل للأمور لأن

(١) المنتقى للباجى شرح الموطأ جـ ٧ ص ٦٨

من ألزم بشيء لا يستطيع الوفاء به أو لم يجر التعامل به كان فيه من الضيق والحرج مالا يتفق والأسس العامة فى التشريع الإسلامى الذى يهدف إلى رفع الضيق والحرج عن المكلفين وقد قال الله تعالى : « ما جعل عليكم فى الدين من حرج » وقال تعالى : « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفاً » .

العرف والتسعير

ومن المسائل التى خالف فيها الفقهاء الحكم المجمع عليه والمعلل بالعرف لتغير العرف الذى هو مناط الحكم مسألة التسعير .

فقد روى الخمسة إلا النسائى وصححه ابن حبان عن أنس - رضى الله عنه - أنه قال :

« غلا السعر فى المدينة فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الناس : يارسول الله : غلا السعر فسعر لنا فقال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق إنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطلبنى بمظلمة فى أهل ولا مال » اهـ .

فورد النهى عن التسعير ومضى على ذلك العمل فى عهد الصحابة — رضى الله عنهم — وأجمعوا عليه ولم يختلفوا فى هذه المسألة حتى إذا ما جاء عصر التابعين — أفتى سعيد بن المسيب بجواز التسعير .

ويعلل الفقهاء ذلك فيقولون : سبب النهى فى الحديث أن عادة أهل المدينة لم يكن عندهم من يطحن ويخبز بالأجر ولا من يبيع طحيناً بل كانوا يفعلون ما يريدون من خبز فى بيوتهم ، وإنما كانوا يشترون الحب من الجلابين ، ولذلك قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم - الجالب مرزوق

والمحتكر ملعون ، وقال صلى الله عليه وسلم : لا يحتكر إلا خاطىء فلما تغيرت أحوال الناس بعد ذلك فى عهد التابعين وأصبح الناس محتاجين إلى صناعة الخبز والطحن والبيع والشراء مما يحتاج إليه رأى الفقهاء : أن من المصلحة أن يجعل الحاكم للناس سعراً يتعاملون على أساسه مع قيام الإجماع فى عهد الصحابة ـ رضى الله عنهم ـ على عدم التسعير .

وقال الفقهاء : « إذا كان للناس سعر غال فأراد بعض التجار أن يبيع بأغلى منه ، فانه يمنع من ذلك ، وهذا هو مذهب مالك رضى الله عنه .

وأما إذا أراد أن ينقص عن الثمن الجارى التعامل به فى السوق فللفقهاء فى ذلك رأيان فى منع التسعير وجوازه .

الأول : منع التسعير وهو رأى الشافعى — رضى الله عنه — وجمع من أصحاب الإمام أحمد .

الثانى : جواز التسعير وهو قول مالك — رضى الله عنه — واحتج بما رواه فى الموطأ .

عن سعيد ابن المسيب ، أن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — مر بحاطب بن أبى بلتعة وهو يبيع زبيباً له بالسوق ، فسأله عمر عن السعر الذى يبيع به فوجده يبيع بأقل من السعر الذى يباع به فى السوق فقال له عمر — رضى الله عنه — : إما أن تزيد فى السعر — أى ليلحق بسعر السوق — وإما أن ترفع من سوقنا . وقال الإمام مالك — رضى الله عنه — « لو أن رجلا أراد فساد السوق فحط عن سعر الناس لرأيت أن يقال له : إما لحقت بسعر الناس وإما رفعت » اهـ .

أما إذا لم يزد أهل السوق عن السعر المعتاد ففى ذلك رأيان :

الأول — قول الجمهور ومعهم الإمام مالك — رضى الله عنه — يمنع من التسعير ، وإذا أراد أن يسعر لهم فلينظر إلى ما يشترون به وما يطلب منهم أن يبيعوا به ويقدر لهم ربحاً معقولا وينهاهم عن الزيادة ومن خالف يعاقب .

الثانى : يمنع مطلقاً واحتجوا بالحديث المذكور فى أول المسألة . وكأنهم قصروه على حالة خاصة وهى إذا لم يزد السعر عن المعتاد . أما إذا زاد السعر عن المعتاد فيسعر لهم مع أن لفظ الحديث يفيد منع التسعير فى الحالة الثانية أيضاً ، حيث قال أنس — رضى الله عنه — غلا السعر فى المدينة ... الخ .

ومن هذا نرى ورود النهى عن التسعير وإجماع الصحابة عليه وجاء التابعون فرأوا أن من المصلحة جواز التسعير لأن الضرورة التى لم تكن فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — ومن بعده قد وجدت فى عهد التابعين وعلى ذلك فترك الصناع والتجار يبيعون كيف شاءوا فيه من الضرر ما يفوت على الناس مصالحهم ، وحاجتهم إلى ما بيد التجار وأصحاب السلع فتغير الحكم عليه تبعاً لتغير علته وقد قال الفقهاء : « الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً » .

ومن الأمثلة على ذلك أيضاً . . أن الصحابة — رضى الله عنهم — كانوا يقبلون شهادة القريب لقريبه مطلقاً كما أخبر بذلك ابن شهاب الزهرى — رضى الله عنه — فلما تغيرت الأحوال منع من جاء بعدهم من فقهاء الشريعة شهادة الوالد لولده ، والولد لوالده أو الزوج لزوجته والزوجة لزوجها ، وذلك لأن الصلاح كان معروفاً فى الصدر الأول

وأتباع الحق كان ديدنهم اتباعاً الآيات والأحاديث التى تأمر باتباع العدل والبعد عن الظلم والجور ، فلما تغيرت أحوال الناس لم ينظر الفقهاء إلى الإجماع الأول . . وأفتوا بما يوافق العرف ويحقق المصلحة[1] .

سابعا — العرف والقياس

جاء القياس فى كلام الفقهاء بمعنيين :

الأول :

القياس بمعنى القواعد العامة المأخوذة من مجموعة من الأحكام أثبتها أكثر من دليل .

الثانى :

القياس بالمعنى الأصولى . وهو قياس فرع على أصل فى علة حكمه .

وسيأتى الحديث عن المعنى الثانى فى العرف والاستحسان .

كما سيأتى الحديث عن المعنى الأول فى « الباب الخامس » .

وكلامنا هنا عن ترك القياس أو القواعد بالعرف .

العرف والقياس :

ذكر الفقهاء : أن القياس — القواعد العامة تترك للعرف إذا دعت إليه الضرورة والمصلحة .

---

(١) يراجع فى هذا البحث شرح التنقيح للقرافى ص ١٤١ وأعلام الموقعين ج ٢ ص ٢٩٤ والعطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٦٣ ومسلم الثبوت ج ٢ ص ٢١٣ وتيسير التحرير ج ٣ ص ١٢٨ وابن الحاجب ح ٢ ص ٤٠ ، ونيل الأوطار للشوكانى ج ٥ ص ٢٦٧ والطرق الحكمية والسياسة الشرعية لابن القيم ص ٢٤٥ ورسالة الحسبة (مجموع رسائل ابن تيمية ج ١ ص ٢٥٠ ورسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ٣٣) وبراجع ما تقدم ص ٧١ وأدلة العرف ص ١١٨

وقالوا : إن التعامل حجة يترك به القياس ، ويخص به الأثر .

وقالوا : إن كذا أجيز للعرف على خلاف القياس أى استثناء من القواعد العامة .

ويمثلون لذلك بالإجارة والاستصناع وغيرهما .

والمراد بالقواعد القواعد الفقهية مثل :

« بيع المعدوم لا يجوز » .

« بيع الغرر لا يجوز » .

وغير ذلك من القواعد العامة التى ذكرها الفقهاء وجاءت بعض الأحكام مخالفة لهذه القواعد على سبيل الاستثناء منها .

ونذكر بعض الأمثلة التى ذكرها الفقهاء أنها شرعت للتعامل على خلاف القياس وهى :

١ — عقد الإجارة .

٢ — عقد السلم .

٣ — عقد الاستصناع .

أولا : عقد الإجارة

يقول المالكية والشافعية : الإجارة عقد على تمليك منفعة معدومة وقت العقد ، وهذه المنفعة متقومة مقدوراً على الانتفاع بها فى المستقبل فالعقد عليها وإن كان على معدوم إلا أن منفعته معلومة ويعتبر العقد مضافاً لما سيوجد فى المستقبل فهى على خلاف القياس .

وقوله — صلى الله عليه وسلم — : « من استأجر أجيراً فليعطه أجره »[1].

ويقول فقهاء الحنفية :

« إن الإجارة شرعت على خلاف القياس — أى القواعد العامة — لأنها عقد على المنافع وهى معدومة حالة العقد فهى من بيع المعدوم ومن المقرر فى الشريعة أن بيع المعدوم لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم لحكيم ابن حزام : « لا تبع ما ليس عندك » وقد جازت استحساناً للضرورة ولتعامل الناس بها وإجماعهم على جوازها وقد تعارفوها سلفاً وخلفاً فجازت على خلاف القياس[2].

يقول الكمال بن الهمام فى فتح القدير :

« وأصل الإجارة مقتضى القياس فيها البطلان إلا أن الشرع أجازها للحاجة فيما فيه تعامل »[3].

وقال الزيلعى : إن المعقود عليه وهى المنافع معدومة والقياس ألا تجوز الإجارة لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد »[4].

فلما جازت الإجارة بهذا المعنى الذى ذكر قالوا . إن ما جرى العرف باستئجاره جازت إجازته وما نهى الشارع عن استعماله ولو تعارف الناس

---

(١) الشرح الكبير وحاشية الدسوقى عليه جـ ٤ ص ٤٠ وحاشية الصاوى على الشرح الصغير جـ ٢ ص ٢٤٣ ، ٢٤٤

(٢) رسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٢٥

(٣) فتح القدير جـ ٥ ص ١٠٣

(٤) تبيين الحقائق جـ ٥ ص ١٠٥

إجارته واستئجاره فإنه لا يجوز شرعاً إجارته واستئجاره ومثل فقهاء الحنفية لذلك بآلات اللهو والرقص واستئجار الدنانير للزينة وغير ذلك(١) .

وكذلك للعرف أثره فى تعيين المنفعة من العين المؤجرة وكيفية الانتفاع إذا لم يبين ذلك فى عقد الإجارة .

قال القرافى « وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها تنصرف للمنفعة المقصودة منها عادة » .

وقد نص الفقهاء على صحة استئجار الدور وإن لم يبين المستأجر وجه الانتفاع بها من السكنى ووضع الأمتعة ونحوها فإنه ينصرف إلى السكنى فيها بدلالة العرف لأن ذلك هو المتعارف بين الناس فى استئجار الدور ، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً والعرف كالشرط .

وقد جاز ذلك عملا بالعرف والعادة والقياس ألا يجوز الاستئجار إلا إذا بين وجه الانتفاع بها والغرض الذى يقصده من استئجارها حتى لا يفضى إلى النزاع والخلاف بين المتعاقدين ولكن العرف رفع ما يؤدى إلى ذلك .

وعلى ذلك جاز دخول الحمام من غير تعيين للأجرة وبيان مدة المكث وبيان ما يستهلك من الماء فى الاستعمال عملا بالعرف وتعامل الناس ، والقياس : أن يبين مقدار الماء ومدة المكث لما فيه من الجهالة والغرر ،

---

(١) ويراجع فى ذلك أيضاً الدسوقى على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٢ والصاوى على الشرح الصغير ج ٢ ص ٢٤٥ ، وشرح التنقيح للقرافى ص ١٧٣ والدر المختار ج ٢ ص ١٦ — ١١٧ كما يراجع ما يأتى فى مجال قاعدة العرف فى العقود والتصرفات (الباب الخامس) والعرف العملى فيما تقدم .

والجهالة فيهما أو فى أحدهما يترتب عليها فساد الإجارة وعدم صحتها ، ومع ذلك أقال الفقهاء ، بجواز ذلك لتعارف الناس عليه وتعاملهم به ، ولأن فى نزع الناس عن عادتهم حرجاً بيناً فيجب اعتبار العرف فى ذلك وما شابهه .

ويقول القرافى « ودفع المشقة عن النفوس مصلحة ولو أدت إلى خلاف القواعد وهى ضرورية مؤثرة فى الترخص » .

ثانيا : عقد السلم

السلم هو البيع الذى يكون تسليم المبيع فيه مؤجلا وتسليم الثمن معجلا .

وقال الفقهاء فى تعريفه :

السلم هو تسليم عوض حاضر فى عوض موصوف فى الذمة إلى أجل مسمى أو بيع عاجل بآجل . وسمى عقد السلم بهذا لكونه معجلا على وقته فإن وقت البيع بعد وجود المبيع فى ملك البائع ، والسلم عادة يكون بما ليس بموجود فى ملكه ، فيكون العقد معجلا ، وهو عقد من العقود التى أجيزت للعرف وتعامل الناس بها .

وذكر الفقهاء : أن السلم مشروع بالكتاب والسنة والإجماع .

قال الله تعالى : « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » . فإن الآية تشمل السلم والبيع بثمن مؤجل وتأجيله بعد الحلول .

وقد قال الإمام الشافعى ـ رضى الله عنه ـ فى الأم(١) :

---

(١) الأم جـ ٣ ص ٨٠ ، ٨١

قوله تعالى : « إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه » يحتمل كل دين ويحتمل السلف خاصة وقد ذهب ابن عباس - رضى الله عنهما - إلى أنها فى السلف : أخبرنا سفيان عن أيوب عن أبى حسان الأعرج عن ابن عباس أنه قال : أشهد أن السلف المضمون الى أجل مسمى قد أحله الله تعالى فى كتابه وأذن فيه ثم قرأ « يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه » .

ثم قال الإمام الشافعى - رضى الله عنه : وإن كان كما قال ابن عباس رضى الله عنهما - أنها فى السلف ، قلنا به فى كل دين قياساً عليه لأنه فى معناه ، والسلف جائز فى سنة رسول الله - صلى الله عليه وسلم ، والآثار ومالم يختلف فيه أهل العلم ، أهـ .

وقد استدل بهذه الآية كثير من الفقهاء . وقال ابن قدامة فى المغنى « وهذا اللفظ يصلح للسلم ويشمله فى عمومه » [1] .

وأما السنة فقد قال ابن عباس - رضى الله عنهما - : قدم النبى صلى الله عليه وسلم المدينة والناس يسلفون فى التمر السنة والسنتين والثلاث فقال - صلى الله عليه وسلم - من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم اهـ [2] .

وروى البخارى عن عبد الله بن أبى أوفى قال :

« إنا كنا نسلف على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر رضى الله عنهما فى الحنطة والشعير والتمر والزبيب » اهـ .

---

(١) المغنى ج ٤ ص ٢٧٥

(٢) رواه الستة ويراجع سبل السلام ج ٣ ص ٤٩

وأما الإجماع فقد أشار إليه الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى عبارته المتقدمة حيث ذكر أنه لم يختلف فيه أحد من أهل العلم .

وقال ابن قدامة فى المغنى فى الاستدلال على مشروعية السلم :

« وأما الإجماع فقال ابن المنذر أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن السلم جائز ولأن المثمن فى البيع أحد عوضى العقد فجاز أن يثبت فى الذمة كالثمن ولأن بالناس حاجة إليه لأن أرباب الزروع والثمار والتجارات يحتاجون إلى النفقة على أنفسهم وعليها لتكمل وقد تعوزهم النفقة فجوز لهم السلم ويرتفق المسلم بالاسترخاص »[1] اهـ .

أما فقهاء الحنفية فبعد استدلالهم على مشروعية السلم قالوا إنه شرع على خلاف القياس .

يقول صاحب درر الحكام[2] :

« ويأباه — أى السلم — القياس لأنه بيع المعدوم ولكنه ترك لما ذكر » .

وقالوا : إن عقد السلم جاء على خلاف القياس إذ هو بيع معدوم وعقد غرر وقد أجازه النبى — صلى الله عليه وسلم — وجاء به العرف ، ووجه مخالفته للقياس : أن الأصل فى البيع أن يكون المبيع موجوداً فى ملك البائع وقت العقد مقدوراً على تسليمه ، وفى السلم المبيع غير موجود وقت العقد ، والأصل أن بيع المعدوم لا يجوز فإذا أجيز فإنه يكون مخالفاً للقياس استثناء من أفراد بيع المعدوم حيث ورد النهى عنه

---

(١) المغنى جـ ٤ ص ٢٧٥

(٢) درر الحكام جـ ٢ ص ١٩٤ مع حاشية الشرنبلالى .

فى قوله — صلى الله عليه وسلم — لحكيم بن حزام : « لا تبع ما ليس عندك »(١) .

وجواز السلم بعد ذلك لأن النبي - صلى الله عليه وسلم - رخص فيه حيث جرى به العرف ووجد أهل المدينة يتعاملون به ورأى حاجتهم إلى ذلك النوع من التعامل فأجيز للحاجة والضرورة واتباعاً للعرف الذي جرى العمل به ، وفيه فائدة للمشترى والبائع ففائدته للمشترى ، أنه يعطى نقوداً ويأخذ بدلها فى المستقبل ، وربما استفاد كثيراً لتفاوت الأسعار ، والبائع أخذ نقوداً لينتفع بها فى تجارة أو صناعة أوغير ذلك من وجوه الانتفاع ، فما جاء فى النهى عن بيع المعدوم مخصص بالأثر الوارد فى السلم .

ويرى الفنرى من فقهاء الحنفية : أنه حيث ورد الأثر فى تشريع الحكم فقد ترك موجب القياس بالأثر ويكون النص هو الأصل فى تشريع الحكم ، فقد جاء فى حاشيته على التلويح حيث قال : «فإن قيل هذا تخصيص العام بالأثر ، وهو « لا تبع ما ليس عندك » قلنا سلمنا كونه تخصيصاً لكنه مع ذلك ترك موجب قياس السلم على سائر البياعات بهذا الأثر ا هـ .

وقد ذكر مثل ذلك السرخسى بعد أن أورد حديث ابن عباس المتقدم فقال :

« فقد أقرهم النبي — صلى الله عليه وسلم — على أصل العقد ويبين شرائطه فذلك دليل جواز العقد ، وإنما يقبل السلم فى العادة بما ليس بموجود فى ملكه والقياس يأبى جوازه لأنه بيع المعدوم ، وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل فبيع المعدوم أولى بالبطلان ، ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة »(٢) .

---

(١) رواه أصحاب السنن الأربعة وقال الترمزى . «حسن صحيح » .

(٢) المبسوط جـ ١٢ ص ١٢٤ (٢ ، ٣) فتح القدير جـ ٦ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ ورد المختار أول باب السلم كما يراجع ما تقدم .

هذا وقد قال الفقهاء : إن عقد السلم لا يصح إلا فى الأشياء التى يمكن ضبطها وتقبل التعيين بالقدر أو بالوصف لأن الجهالة تفضى إلى النزاع والخلاف بين العاقدين ، وما أدى إلى ذلك مانع من صحة العقود : وبين الفقهاء شروط السلم وضبط ما يجوز فيه ومالا يجوز ومعرفة السلم فيه معرفة تامة بما يقطع النزاع فى المستقبل بين العاقدين فيبين فى عقد السلم بيان الجنس والنوع والقدر والصفة والأجل وبيان رأس المال مكيلا أو موزوناً أو معدوداً وكذلك ضبط المسلم فيه ورأس المال ومكان الوفاء(١) .

ولذلك منع الإمام أبو حنيفة وغيره من الفقهاء السلم فيما تتفاوت آحاده فى المالية ومثل لذلك ببيض النعام ، يقول الكمال بن الهمام فى فتح القدير(٢) .

« والوجه أن ينظر إلى الغرض فى عرف الناس ، فإن كان الغرض فى عرف من يبيع بيض النعام الأكل ليس غير كعرف أهل البوادى يجب أن لا يعمل بظاهر الرواية فيجوز وإن كان الغرض منه فى العرف حصول القشر ليتخذ فى سلاسل القناديل كما فى ديار مصر وغيرها من الأمصار يجب أن يعمل بظاهر الرواية فلا يجوز السلم فيها بعد ذكر العدد إلا مع تعيين المقدار واللون من نقاء البياض أو إهداره » اهـ .

وذلك لأن الغرض فى الاستعمال قد يستدعى إهدار التفاوت أولا يستدعيه فإن كان الغرض الأكل فالتفاوت غير معتبر فيكون عددياً متقارباً فيجوز فيه السلم ، وإن كان العرف استعمال قشره فى الصناعات فالتفاوت فى آحاده يوجب التفاوت فى القيمة فلا يجوز السلم فيه .

---

(١)،(٢) فتح القدير جـ ٦ ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ ورد المختار أول باب السلم كما براجع ماتقدم -

ثالثاً : عقد الاستصناع

والاستصناع فى اللغة « طلب العمل من الصانع » وشرعاً « أن يطلب من الصانع عمل شىء مادته من عنده على وجه خاص » والغرض أن المادة من عند الصانع — أى للصانع مادة وعملا . وقد قال الفقهاء إن عقد الاستصناع شرع على خلاف القياس . وقد عرفته المادة (١٢٤) من مجلة الأحكام العدلية بأنه :

« عقد مقاولة مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع والمشترى مستصنع والشىء مصنوع » .

ويشترط لصحة الاستصناع بيان جنس المصنوع وقدره وصفته حتى ترتفع الجهالة وتحول دون وقوع النزاع والخلاف ، وأن يكون العمل ومادة الشىء المصنوع من الصانع وأن يكون مما جرى العرف باستصناعه ، وهذا يختلف باختلاف الزمان والمكان .

وقد اختلف الفقهاء فى الاستصناع هل هو مواعدة أو عقد لازم ، قال بالأول الزيدية وبعض فقهاء الحنفية - وقال صاحب البحر الزخار من الزيدية :

« والاصطناع عدة لا عقد لازم عندنا ، وهو إصنع لى كذا بكذا وهو جائز لعمل المسلمين به » .

ويقول الكاسانى من فقهاء الحنفية :

« إن هناك خلافاً فى معنى الاستصناع هل هو مواعدة أو بيع ،

فقال البعض: هو مواعدة وقال بعضهم: هو بيع لكن المشترى فيه خيار وهو الصحيح، بدليل أن الفقهاء ذكروا فى جوازه القياس والاستحسان، وذلك لا يكون فى العدات كما أثبت فيه محمد بن الحسن، خيار الرؤية وخيار الرؤية يختص بالبيع وكذا قالوا: بجريان التقاضى فيه والذى يجرى فيه التقاضى هو الواجب لا الموعود.

أما الذين قالوا: إنه ليس عقداً ولا بيعاً فقالوا: إنه لا يدخل فى عقد البيع لأنه بيع معدوم حال العقد، ولا يدخل فى عقد الإجارة لأنه استئجار على تحصيل عمل فى ملك الأجير ولكنه ترك للتعامل به من عهد النبى - صلى الله عليه وسلم - وأصحابه من غير نكير نظراً للحاجة إلى التعامل به.

ويقول الكاسانى: إن الاستصناع جاز على غير القياس بالإجماع، الذى دع على اعتبار ما تعارفه الناس فى الاستصناع، والقياس يترك بالإجماع، وقد أجمع الناس على ذلك من غير نكير. ولأن الحاجة تدعو إليه لأن الانسان قد يحتاج إلى نعل أو خف من جنس مخصوص ونوع مخصوص على قدر مخصوص وصنعة مخصوصة وقلما يتفق وجوده مصنوعاً فيحتاج إلى أن يستصنع فلو لم يجز الاستصناع لوقع الناس فى الحرج.

وما ذكره من النعل والخف إذا تيسر وجوده اليوم عنه فى عصر الكاسانى فإنه توجد أشياء أخرى يحتاج إليها الانسان وقلما يتفق وجودها مصنوعة.

ويلحق الكاسانى الاستصناع بالموجود لا بالمعدوم للحاجة إليه كالمسلم فيه فيقول:

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢ — ٣ ودرر الحكام جـ ٢ ص ١٩٨

« وقد خرج الجواب عن القول : أنه معدوم لأنه ألحق بالموجود ولمساس الحاجة إليه كالمسلم فيه فلم يكن بيع ما ليس عند الانسان على الإطلاق لأن فيه معنى عقدين جائزين هما السلم والإجارة لأن السلم عقد على مبيع فى الذمة ، واستئجار الصناع يشترط فيه العمل وما اشتمل على معنى عقدين جائزين كان جائزاً » اهـ .

ويذكر الكاسانى بعد ذلك أن الاستصناع جاز استحساناً لتعامل الناس به ولعله يريد بذلك التعامل الراجع إلى الإجماع العمل كما ذكر غيره من الفقهاء . ويقول السرخسى فى المبسوط(١) :

« إذا استصنع الرجل عند الرجل خفين أو قلنسوة أو طستاً أو كوزاً أو آنية من أوانى النحاس فالقياس أنه لا يجوز ذلك ، لأن المستصنع فيه مبيع وهو معدوم وبيع المعدوم لا يجوز لنهيه - صلى الله عليه وسلم - عن بيع ما ليس عند الانسان ، ولكنا نقول : تركنا القياس لتعامل الناس فى ذلك وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله - صلى الله عليه وسلم « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » اهـ .

ويقول الزيلعى « إن الاستصناع ترك القياس فيه وخص من القواعد الشرعية للتعامل وإن التعامل جرى به فى كل البلاد وبمثله يترك القياس »(٢).

فدل ذلك كله على أن عقد الاستصناع مما ترك القياس فيه للتعامل والتعارف العام عليه . وقد أقرته السنة الشريفة وأجمع الفقهاء عليه لما رأوا الناس يتعاملون به رفعاً للحرج والضرر .

ولو جاءت السنة بمخالفة العرف فلا اعتبار له بحال ما ، وإذا راعت

---

(١) المبسوط جـ ١٢ ص ١٣٨

(٢) تبيين الحقائق جـ ٤ ص ١٢٣

السنة والشريعة الإسلامية حاجات الناس وضروراتهم فى تشريع الأحكام فهذا يجعل التعامل الموافق لمبادىء الشريعة تعاملا شرعياً . ولأن التعامل والعرف إنما يعتبر حيث لا نص كما أن مخالفته للنص تجعله غير معتبر ، وقد جاء النص موافقاً للعرف وما جرى به العمل فى مثل هذا الموضوع .

والسنة التى وردت فى الإستصناع ما ذكر فى المبسوط وتبيين الحقائق[1] :

« أن النبى - صلى الله عليه وسلم - استصنع خاتماً ومنبراً » اهـ .

وما جاز فى العرف استصناعه فانه يصح الاستصناع فيه وما لم يجر فى العرف التعامل باستصناعه لا يجوز قال فى البدائع :

« ولا يجوز الاستصناع فى الثياب لأن القياس يأبى جوازه ، وإنما جوزناه — أى الاستصناع — للتعامل ولا تعامل فى الثياب » اهـ[2] .

ولو جرى التعامل فى الثياب لجاز على الإطلاق فالمدار فى صحة الاستصناع وعدمه إنما هو عرف الناس والتعامل به فاذا وجد عرف وتعامل به صح وإن لم يوجد لا يصح الاستصناع .

وقد أصبح لعقد الاستصناع أهمية عظمى فى العصر الحاضر الذى انتشرت فيه الصناعات الثقيلة والخفيفة على اختلاف أنواعها وعمت المصانع والمعامل دول العالم بشكل لم يسبق له مثيل ، ويتزايد إنشاء المصانع والتوسع فى الصناعات بتقدم السنين لتزويد الحكومات والأفراد والجماعات والشركات والمؤسسات وغير ذلك بجميع ما يحتاجونه كما تتسابق الدول

---

(١) المبسوط ج ١٢ ص ١٣٩ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ١٢٣

(٢) البدائع ج ٥ ص ٣ والمادة (٣٨٩) من مجلة الأحكام العدلية .

فى إغراق الأسواق بالمنتجات الصناعية ، فالمعاملات مع أصحاب المصانع والمعامل والاتفاق على عقد صفقات البيع والشراء تعقد لشراء أو بيع مصنوعاتها ومنتجاتها والاستيراد والتصدير من الدول وإليها أساسه الاستصناع .

وقد تتعاقد المصانع والشركات وليس لديها المواد الخام اللازمة لمصنوعاتها فيكون العقد وارداً على شيء غير موجود ومع ذلك فالعقد صحيح عملا بالسنة التى أقرت عقد الاستصناع وبالإجماع الذى أقر العرف العملى فى الاستصناع الذى أصبح دولياً كما هو عرف بين الأفراد فى المجتمع الواحد أو الإقليم الواحد(١) .

ثامنا : العرف والاستحسان

إذا عرضت للمجتهد واقعة يقتضى عموم النص حكماً فيها أو يقتضى القياس الظاهر المتبادر حكماً فيها وظهر للمجتهد أن لهذه الواقعة ظروفاً وملابسات خاصة تجعل تطبيق النص العام أو الحكم الذى اقتضاه عموم النص عليها أو اتباع القياس الظاهر يفوت المصلحة أو يؤدى إلى مفسدة فعدل عن هذا الحكم إلى حكم آخر اقتضاه تخصيصاً من حكم العام ، أو استثناؤها من الكلى أو اقتضاه قياس خفى غير متبادر رفعاً للحرج والمشقة فهذا العدول هو الاستحسان . فالاستحسان أطلقوه بمعنيين :

أحدهما القياس الخفى فى مقابلة القياس الجلى المتبادل إلى الأفهام .

والإطلاق « الثانى » هو الشائع فى الفروع وهو كل دليل يقابل القواعد العامة سواء أكان ذلك نصاً أو إجماعاً أو ضرورة ، ومرادهم

(١) يراجع العرف والعادة للشيخ أبى سنه ص ١٣١ ومرشد الحيران لقدرى باشا المواد (٥٥٦ — ٥٦٠) والمدخل الفقهى العام للزرقا جـ ١ ص ٨٨٠ وما بعدها وبحث العرف فى الفقه الاسلامى للشيخ عمر عبد الله ـ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية السنة ٥ عدد ١

بالإجماع العملي الذي يرجع إليه العرف ، وهذا هو ما تقدم في « العرف والقياس » وما تشير إليه تعريفات الاستحسان .

وقد عرف الفقهاء الاستحسان بتعريفات كثيرة منها :

« أولاً » عرفه ابن العربي فقال :

« الاستحسان عندنا وعند الحنفية هو العمل بأقوى الدليلين . فالعموم إذا استمر والقياس إذا أطرد فان مالكاً والحنفية يريان تخصيص العموم بأي دليل كان والاستثناء من القياس بأي دليل كان » وعرفه تعريفاً آخر فقال :

« الاستحسان ، إيثار ترك مقتضى الدليل على طريق الاستثناء والترخيص لمعارضة مايعارض به في بعض مقتضياته ، وينقسم إلى أقسام ، منها ترك الدليل للعرف وتركه للمصلحة أو للتيسير ورفع الحرج وإيثار التوسعة »(١) .

« ثانياً » عرفه ابن رشد فقال :

« الاستحسان : هو طرح القياس الذي يؤدي إلى غلو في الحكم ومبالغة فيه إلى حكم آخر في موضع يقتضي أن يستثنى من ذلك القياس »(٢) .

« ثالثاً » عرفه أبو الحسن الكرخي من الحنفية بقوله :

« هو ان يعدل المجتهد عن أن يحكم في المسألة بمثل ما حكم به في نظائرها ، إلى خلافه لوجه أقوى يقتضي العدول عن الأول »(٣) .

(١ ، ٢) الإعتصام للشاطبي ج ٢ ص ٣٢٤

(٣) الأحكام للامدي ج ٤ ص ٢١٢ ؛ كشف الأسرار شرح البزدوي ج٤ ص٣ وحاشية الأزميري على المرآة ج٢ ص ٣٣٥

« رابعاً » عرف، ابن قدامة من الحنابلة فقال :

« الاستحسان هو العدول بحكم المسألة عن نظائرها لدليل خاص من كتاب أو سنة »[1] .

الناظر فى هذه التعريفات يجد أنها تؤدى معنى واحداً فتخصيص العام بالمصلحة هو نفسه الاستثناء من القواعد وهو نفسه إيثار ترك مقتضى الدليل ، ولابد لهذا من دليل شرعى من النصوص أو معقولها أو المصلحة أو العرف ، وهذا الدليل أو ما يرجع إليه هو المسمى بوجه الاستحسان أو سنده . .

فقد ذكر صاحب (إيصال السالك فى أصول مذهب مالك) و (فتح الودود) فى الاستحسان[2] :

وقال أشهب : الاستحسان تخصيص الدليل العام بالعرف لمصلحة الناس ، و ذلك كاستحسان دخول الحمام من غير تقدير زمان المكث وقدر الماء مع أن الدليل يمنعه لأنه داخل فى الغرر المنهى عنه فى الحديث للجهل بالثمن ، ومقدار المكث ، وكذا الشرب من السقاء من غير تعيين قدره لأنه غرر يسير معفو عنه استحساناً لأن المكايسة بتعيين قدره قبيح عادة ، وقد قال — صلى الله عليه وسلم — : بعثت لأتمم مكارم الأخلاق ، وقال — صلى الله عليه وسلم — : إن الله يحب معالى الأمور ويكره سفافها » .

وقد يقال: إن مثل ذلك كله محدود بالعرف فمقدار الماء الذى يستعمل

---

(١) روضة الناظر لابن قدامة باب « الاستحسان » .
(٢) إيصال السالك ص ٣٦ وفتح الودود ص ٣٥٤ .

ويشرب معروف عادة والغرر فيه يسير والغرر اليسير مغتفر فى المعاملات للمصلحة التى تدعو إليها حاجة الناس إلى التعامل وقد ذكر الفقهاء : أن من الاستحسان الأخذ بمصلحة جزئية فى مقابلة دليل كلى .

وقد ذكر الجلال المحلى فى شرحه على جمع الجوامع[1] :

أن الاستحسان هو العدول عن الدليل إلى العادة للمصلحة ومثل لذلك بمسألة دخول الحمام والشرب من السقاء ثم قال : فإن ذلك معتاد على خلاف الدليل للمصلحة .

وجاء فى حاشية الفنرى :

« إطلاق الاستحسان فى دخول الحمام من غير تعيين الأجرة وتقدير مدة اللبث فإن القياس يأبى جوازه لكون مقدار الانتفاع مجهولا ، ولأنه عقد إجارة لاستهلاك العين وهى الماء الحار والبارد والأجارة شرعت للانتفاع بالمنافع التى هى أعراض ، ولكن جوز استحساناً للتعامل لقوله — عليه الصلاة والسلام — « مارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » وصح أنه عليه الصلاة والسلام . قال : نعم البيت الحمام يزيل الدرن ويذكر النار » .

ثم ذكر الفنرى أن شرب الماء من السقاء من غير تقدير الماء وعوضه مثل ذلك اهـ[2] .

فالفنرى يرى : أن الموضوع عقد إجارة لاستهلاك العين ، والإجارة شرعت للانتفاع بالمنافع التى هى أعراض فعدل به عن قياس الإجارة

---

(١) العطار على جمع الجوامع ج ٢ ص ٣٩٥ ويراجع العرف والعادة للشيخ أبى سنه ص ١٠١ والمدخل الفقهى العام للزرقا ج ١ ص ٩٠٣ المجلد الثانى .

(٢) حاشية الفنرى ج ٣ ص ٣

استحساناً للتعامل الجارى بين الناس ويؤيد ذلك ما ذكره عن النبى — صلى الله عليه وسلم — وفعله أيضاً حيث شرب الماء من السقاء من غير تقدير الماء وعوضه ، وبذلك تكون السنة القولية والفعلية قد أقرت ما تعارفه الناس فى ذلك للحاجة والمصلحة . فإذا ما أتى الإجماع بعد ذلك تكون السنة هى سنده أو دليله إذا صحت ، وإذا صح الإجماع كذلك فإنما يكون سنده كذلك ما جاء فى الشريعة من أدلة اعتبار العرف وهذه المعاملات كانت معروفة عند العرب قبل الإسلام وجاء الإسلام ولم يلغها وقد ذكر الفقهاء ، أن العرف الذى استوفى شروطه السابقة يصلح مخصصاً للعام ومقيداً للمطلق ويترك به القياس — كما سلف .

وقد قال الفقهاء : إن العرف إذا كان غالباً فهو دليل الحاجة فهو أقوى من القياس فيترجح عليه استحساناً عند التعارض .

هذا وترك الدليل بالعرف لتحقيق المصلحة أو التيسير ورفع الحرج مما يدخل فى مقاصد الشريعة الإسلامية ، ومن المعلوم أن ترجيح العرف على القياس الذى يستند إلى نص تشريعى غير مباشر وكذلك ترجيحه على القياس المستند إلى علة عرفية ، هو من قبيل الاستحسان عند الحنفية والمالكية ، وكما ذكر فالاستحسان تترك فيه الدلائل القياسية لأدلة أخرى منها العرف .

وعلى ذلك فالاستحسان بالعرف قسم من أقسام الاستحسان ، وهو أيضاً أقسام تتنوع بحسب أقسام العرف . وهى :

١ — الاستحسان بالعرف الشرعى .

٢ — الاستحسان بالعرف العملى .

٣ — الاستحسان بالعرف القولى .

أما القسم الأول وهو الاستحسان بالعرف الشرعي فمن أمثلته :

١ — إذا حلف إنسان لا يصلى فإنه مقتضى القياس أنه يحنث بمجرد افتتاحه للصلاة كما قالوا فى الصوم : إنه يحنث بمجرد شروعه فيه لكن قالوا استحساناً :

« لا يحنث بمجرد الإفتتاح فى الصلاة ويحنث إذا صلى ركعة كاملة الأركان من قيام وقراءة وركوع وسجود لأن الصلاة فى عرف الشارع عبارة عن هذه الأركان فما لم يأت بركعة كاملة الأركان لا يسمى فعله صلاة بخلاف الصوم فإن له ركناً واحداً هو الإمساك وذلك يتحقق بالشروع فيه ويكون الجزء الثانى مكرراً الأول .

٢ — ومن أمثلة ذلك النوع ما إذا قال : مالى للمساكين صدقة فالقياس أنه يلزمه التصدق بجميع أمواله ، وقال الإمام مالك — رضى الله عنه — من حلف أو نذر أنه يتصدق بماله أنه يتناول جميع ما يقع عليه إسم مال .

ولكن الإمام أبا حنيفة — رضى الله عنه — خصه بمال الصدقة استحساناً ، وقال الحنفية فى ذلك : إن الله تعالى أطلق المال فى الزكاة — مريداً به أنواعاً مخصوصة فما ملكه مما لا تجب فيه الزكاة لا يجب عليه به شيء .

وهذا من باب الاستحسان بالعرف الشرعى ، بخلاف الوصية فإنها خلافة كالميراث فلا تختص بشيء دون آخر .

وذكر بعض الفقهاء : أن فى المسألة مدركا آخر وهو : أن الرجل لو ألزم بجميع المال لأصبح عالة على غيره بعد أن كان فى غنى عنهم ،

والحياة مظنة الحاجة بخلاف الوصية فإنها تقع فى حالة الاستغناء وهى حالة ما بعد الموت ، فلا يلزم من صرف الوصية إلى جميع المال لزومه فى النذر على أنها مقيدة بالثلث وما بقى فيه غناء للورثة والشارع الذى أطلق المال فى الوصية لم يقيده بنوع دون نوع كما فى الزكاة ففى الحقيقة منشأ الاستحسان فى ذلك هو المصلحة والحاجة .

« النوع الثانى » الاستحسان بالعرف العملى :

ومن أمثلته ما قاله الفقهاء فى الاستصناع والإجارة كما تقدم فى « العرف والقياس » ومسألة دخول الحمام والشرب من السقاء .

ومن ذلك أيضاً : قول الإمام محمد بن الحسن فيمن باع ثمراً وشرط بقاءه على شجره حتى يتم نضجه أنه يصح استحساناً لعادة الناس ذلك ، وفى القياس لا يجوز لأن هذا شرط لا يقتضيه العقد ، وهو شغل ملك الغير ، وهو صفقتين فى صفقة لأنه إما إعارة أو إجارة فى بيع وقد نهى النبى — صلى الله عليه وسلم — عن صفقتين فى صفقة ، فهذا الاستحسان المستند إلى العادة التى منشؤها حاجة الناس ، ومصلحتهم خصص نص الحديث كما خصص حديث النهى عن بيع وشرط وذلك لأن الشرط المتعارف لا يفضى إلى النزاع الذى عللوا به النهى فى هذا الحديث .

ويذكر العز بن عبد السلام فى هذا المثال — كما تقدم — أن بقاء الثمر على الشجر إلى أوان جذاذه والتمكن من سقيه مشروط بالعرف فصار كما لو شرط باللفظ وذلك استثناء من القواعد تحصيلا لمصلحة العقد ولأن الحاجة ماسة إليه ولو لم يجز ذلك لتعذر على الناس أكل الثمار رطبة وذلك ضرر عظيم لم ترد الشريعة بمثله .

ومن أمثلة — الاستحسان بالعرف العملى — وقف المنقول : فقد

قال الفقهاء : إن الأصل فى الوقف أن يكون مؤبداً فمقتضى هذا الأصل ألا يجوز وقف المنقول المستقل عن العقار لأنه يسرع إليه الفساد ولا يقبل التأبيد ولكن جاز وقف المنقول استحساناً لتعامل الناس ذلك ، وإن كان القياس ألا يجوز ، وقد نقل فقهاء الحنفية عن محمد بن الحسن — رحمه الله تعالى — أنه أجاز وقف ما جرى العرف بوقفه عن المنقولات المستقلة كالكتب ونحوها بطريق الاستحسان لأن الناس تعارفوه .

ومن ذلك ما قالوه فيمن استعار دابة وردها إلى بيت مالكها فهلكت لم يضمن استحساناً لتعارف الناس الرد على هذه الحالة ، والقياس فى المال المستعار أن يرد إلى مالكه فى يده كالثوب وغيره .

ومنه : أن بيع النحل ودود القز غير جائز عند أبى حنيفة — رضى الله عنه — لأنه لم يعتبرها من الأموال قياساً على هوام الأرض ، ولكن الإمام محمد — رحمه الله تعالى — حكم بماليتهما وصحة بيعهما لجريان التعامل بهما فى عرف الناس بيعاً وشراء ..

النوع الثالث : « الاستحسان بالعرف القولى » ومن أمثلته :

قول الرجل : أوصيت إلى جيرانى . القياس فيه أنه يقيد بالمتلاصقين عند أبى حنيفة — رحمه الله تعالى — لأن الجار من المجاورة ، وهى الملاصقة حقيقة ، ولهذا اختصت الشفعة بهم ، والاستحسان أن الوصية تشملهم وغيرهم من أهل محلته لأنهم يسمون جيراناً فى عرف التخاطب .

وذكر الشلبى فى حاشيته على شرح الكنز ، بعد هذه المسألة : قال أبو يوسف ومحمد — رضى الله عنهما — فهؤلاء جيرانه فى عرف الناس ، وذلك بناء على قولهما يتقدم المجاز المتعارف على الحقيقة المستعملة

بخلاف الإمام أبي حنيفة حيث أنه يقدم الحقيقة على المجاز لأنها الأصل(١).

ومن ذلك قول الرجل، والله لا أتكلم فقرأ القرآن أو سبح فى الصلاة، فالقياس أنه يحنث ولكنهم قيدوه استحساناً بالعرف بما عدا ذلك، وقال بعض الفقهاء لا يحنث بقراءة الكتب فى عرفنا.

وكذلك قول الرجل كل حل على حرام، فالقياس أنه يحنث بمجرد النطق لأنه باشر فعلا حلالا مباحاً وهو التنفس، والاستحسان يقيده بالطعام والشراب..

وبعد هذا فقد تبين أثر العرف فى ترك القواعد وورود الاستثناء عليها وذلك تحقيقاً للمصلحة المقصودة للشارح من التشريع ودفعاً للضرر والمشقة عن الناس حتى لا يقعوا فى الضيق أو الحرج(٢).

تاسعا — العرف والمصلحة

تعريف المصلحة: قال حجة الإسلام الغزالى:

« ونعنى بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع ومقصود الشرع من الخلق خمسة وهى: أن يحفظ عليهم دينهم ونفسهم وعقلهم ونسلهم ومالهم،

---

(١) يراجع « الحقيقة والمجاز » فيما تقدم ص ٤٠

(٢) يراجع خلاف ما تقدم الأحكام للقرافى ص ٦٨ والمبسوط للسرخسى ج ١٠ ص ١٤٥ ورسالة تعليل الأحكام للشيخ محمد مصطفى شلبى ص ٣٥٤ والعرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ١٠١ — والمدخل الفقهى العام للزرقا ج ١ ص ٩٠٣ ومصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٥٦ وما بعدها. وكتاب « أبو حنيفة » للشيخ محمد أبو زهرة بحث الاستحسان.

فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول فهو مصلحة وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة ودفعه مصلحة » اه‍ .

أقسام المصلحة : قسم العلماء المصلحة إلى ثلاثة أقسام :

١ – ما قام الدليل الشرعى على رعايتها ، واعتبارها ، وهى المصلحة المعتبرة شرعاً من غير خلاف وإن اختلف العلماء فى بعض التفاصيل المتعلقة بها وهى المعتبرة .

٢ – ما قام الدليل الشرعى على إلغائها ، وهى الملغاة .

٣ – ما لم يقم الدليل الشرعى على اعتبارها ولا إلغائها .. وهى المرسلة .

أما القسم الأول من أقسام المصلحة وهى المعتبرة بالدليل الشرعى فلا نزاع فى بناء الأحكام عليها وما تعارفه الناس مخالفاً لها فهو عرف فاسد لا يعتبر ويجب تركه ، ومثال ذلك :

أن الشارع أمر بحفظ العقل ودل على رعاية هذه المصلحة بتحريم الخمر وإقامة الحد على شاربها فإذا تعارف الناس نوعاً من المسكرات لا يسمى خمراً ويفعل فى العقل ما تفعله الخمر لم يتردد الفقهاء فى القول بتحريمه بالدليل القائم على تحريم الخمر ، لأنه حفظ العقل مصلحة تعتد بها الشريعة وتبنى عليها الأحكام وهذا هو أصل القياس فى الشريعة الإسلامية .

وأما القسم الثانى — وهى المصلحة الملغاة فهى ما صرح الشارع بإلغائه ونعله يعارض النصوص الشرعية « كتحريم الربا » الذى أصبح متعارفاً فى كثير من الأمور الاقتصادية وبخاصة « نظام الفوائد » فهو عرف فاسد ولو أجمع عليه الناس فى جميع بلاد الدنيا ، ويجب التخلص منه بوضع نظام اقتصادى خال من الربا .

وعلى هذا فالعرف المخالف للمصلحة المعتبرة والموافق الملغاة من العرف الفاسد الذى لا اعتبار له ويجب تركه واتباع ما جاءت به الشريعة كما مر فى أقسام العرف .

وأما القسم الثالث « وهو المصلحة المرسلة » التى لم يقم دليل على اعتبارها أو إلغائها فهى مرسلة عن الإلغاء والاعتبار ، فقد قال بها الإمام مالك وأحمد - رضى الله عنهما - وعند التحقيق وجد أن الإمام الشافعى - رضى الله عنه - يقول بها كما ذكره إمام الحرمين فى « البرهان » .

وأما الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه - فقد قال بالاستحسان وتوسع فيه وأكثر منه ، وفى تفسيره للاحسان جعل رعاية المصلحة أحد أنواعه ، فالاستحسان من أنواعه عند الحنفيه « استحسان سنده العرف والضرورة والمصلحة » وهذا استناداً إلى المناسب المرسل .

ويقول الإمام القرافى[1] :

« أما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا وإذا تفقدت المذاهب وجدتهم إذا قاسوا أو جمعوا أو فرقوا بين المسألتين وجدتهم لا يطالبون شاهداً بالاعتبار لذلك المعنى الذى جمعوا به أو فرقوا ، بل يكتفون بمطلق المناسبة وهذا هو المصلحة المرسلة فهى حينئذ فى جميع المذاهب » .

ويقول أيضاً :

« هى عند التحقيق فى جميع المذاهب لأنهم يقيسون ويفرقون بالمناسبات وهى أظهر ولا يطلبون لها شاهداً بالاعتبار ولا نعنى بالمصلحة المرسلة إلا ذلك » .

---

(١) شرح التنقيح ص ١٦٩

هذا وقد أفتى الفقهاء بفتاوى كثيرة قامت على رعاية المصلحة وحدها ، وهذه الفتاوى لايخلو منها مذهب من المذاهب كما أشار إليه القرافى ، وابن دقيق العيد حيث قال فيما نقله عنه الشوكانى فى إرشاد الفحول[1] :

« الذى لاشك فيه ان لمالك ترجيحاً على غيره من الفقهاء فى هذا النوع ويليه أحمد بن حنبل ، ولا يكاد يخلو غيرهما من اعتباره ولكن لهذين ترجيح فى الاستعمال لها على غيرها » .

وقد وضعوا لها شروطاً ضبطوها بها وهى :

١ — أن تكون المصلحة حقيقية لا وهمية ، أى أن بناء الحكم عليها يجلب نفعاً أو يدفع ضرراً وكذلك كل مصلحة يريد الشارع تحقيقها .

٢ — أن تكون هذه المصلحة الحقيقية عامة ـ أى ليست مصلحة شخصية ـ وبناء الحكم عليها يجلب نفعاً لأغلب الناس أو يدفع الضرر عن أكثرهم .

٣ — أن تكون هذه المصلحة لا يعارض الآخذ بها نصاً ولا إجماعاً فإذا عارضت النص والإجماع فهى فى الغالب مصلحة وهمية ، ولا يعدل عن المصلحة الحقيقية التى ثبتت بالنص والإجماع إلى مصلحة وهمية .

وقد تحدث القرافى فى التنقيح بعد بيانه مراتب المصلحة ليضع الباحث بعد ذلك أمام المصلحة والعرف ـ فقال :

« ودفع المشقة عن النفوس مصلحة ، ولو أدت إلى خلاف القواعد وهى ضرورية مؤثرة فى الترخص كالبلد الذى يتعذر فيه العدول ... قال ابن رشد فى النوادر : تقبل شهادة أمثلهم حالا لأنها ضرورة كذا يلزم فى القضاة وولاة الأمور ، وحاجية على الخلاف فى الأوصياء » ا هـ .

---

(١) إرشاد الفحول ص ٢٢٥

فالعدالة شرط فى الشهود الذين تقبل شهادتهم ولكن إذا ما تغير حال الناس وعرفهم وتعذر وجود من تتحقق فيه شروط العدالة، فانه لا يقال بحتمية اشتراط العدالة وتحقق شروطها فى الشهود حتى تقبل شهادتهم، أو فى الولاة الذين لا بد منهم لولاية أمور الناس لئلا تضطرب الأحوال وتعم الفوضى فى البلاد إذا ترك الأمر من غير وال أو مسئول.

وكذلك فان العرف الذى يحقق اعتباره المصلحة بشروطها المتقدمة معتبر وتجب مراعاته والأخذ به، ولو نظرنا إلى المسائل التى بنيت أحكامها على العرف لأمكن القول: أنها تعود إلى المصلحة الراجعة إلى كليات الشريعة وقواعدها العامة.

ومما استدل به الفقهاء فى هذا الموضوع «القول بتضمين الصناع».

فى الصدر الأول للاسلام لم يكن الصناع يضمنون ما يصنعون إذا ادعوا تلفه فلما رأى الإمام على بن أبى طالب - كرم الله وجهه - أن الناس لا يستغنون عن الصناع عادة لشدة حاجتهم وأن من طبيعة عمل الصناع أن يأخذوا الأمتعة التى يصنعونها بعيداً عن أصحابها وليس من شأن أغلب الصناع أن يحتاطوا فى حفظ ما يصنعون قضى على - كرم الله وجهه - بتضمين الصناع ما يدعون تلفه من الأمتعة، إذا لم يقيموا الدليل على تلفه بغير سبب منهم، وقال: لا يصلح الناس إلا ذاك. وقال الإمام مالك فى المدونة: وذلك لمصلحة الناس إذ لا غنى بالناس عنهم ... وما أدركت العلماء إلا وهم يضمنون الصناع [1].

فهذا حكم بنى على تغير العرف فى شأن الصناع وقد قبله الصحابة - رضى الله عنهم - وقال به الفقهاء من بعدهم بعد أن علموا وجه المصلحة فيه فقبولهم لا ينفى أن الأصل فيه هو العرف الذى فى اعتباره تحقيق المصلحة التى يجب مراعاتها فى تشريع الأحكام.

---

(١) المنتقى شرح الموطأ.

وقد سلف: أن المالكية قد أفتوا بالقول الشاذ فى المذهب، والمراد به ما قابل المشهور أو الراجح إذا جرى به العمل والعرف وكان فى الفتوى والأخذ به تحقيقاً لمصلحة «تحققت فيها شروط المصلحة».

وكان المفتى به من المجتهدين فى المذهب لا من المقلدين فيه مع أنهم قالوا: «إن الفتوى بغير المشهور توجب عقوبة المفتى ما لم يجر العمل به».

فإذا ما جرى العمل بالشاذ قدم على المشهور بعد أن يثبت بشهادة العدول أن العمل جرى به أكثر من مرة من العلماء المقتدى بهم، وأنه يعمل به ما دامت المصلحة المرادة تتطلب ذلك[1].

وقال «صاحب البهجة شرح التحفة»:

وأما العمل الجارى لمصلحة عامة أو سبب فظاهر عمومه مادامت تلك المصلحة وذلك السبب» اهـ.

وقول الإمام مالك - رضى الله عنه - بالمصلحة المرسلة سار فى جميع أبواب المعاملات لأنها جارية على المناسب الظاهر للعقول، وذلك مع مراعاة مقصود الشارع من التشريع حتى لا يخرج عنه أو يناقض أصلا من أصوله، كما أشار إلى ذلك الشاطبى فى الموافقات[2].

أما فقهاء الحنفية فقد روى عنهم فتاوى كثيرة قامت على رعاية المصلحة وحدها وكان العرف معتبراً فى بناء الأحكام فى كثير منها وبعضها يتعلق بموضوع البحث، ومنها:

أولا - تقدم ما قضى به الإمام على بن أبى طالب - كرم الله وجهه -

---

(١) يراجع ما تقدم فى العرف الثابت والمتبدل.

(٢) الموافقات جـ ٣ ص ١٠٠

فى تضمين الصناع ، وقد اعتبره المالكية من باب المصلحة المرسلة .
وأما الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — فقال بعدم تضمينهم ، وقال الصاحبان - رضى الله عنهما — بتضمينهم دفعاً للضرر لأمن شوء غالب كالحريق الغالب والعدو المكابر رعاية للمصلحة التى يقصد بها المحافظة على أمتعة الناس نظراً لتغير الأحوال والأعراف ، وذكر فقهاء الحنفية ذلك فى باب الاستحسان ، وهو من باب المصلحة كذلك .

ثانياً — أفتى الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — بجواز الصدقة على بنى هاشم مع أن النبي — صلى الله عليه وسلم — نهى عن ذلك ، وذلك بعد تغير الأحوال وانقطاع نصيبهم من الخمس ، وهو سهم ذوى القربى ، فقد ذكر الطحاوى فى شرح معانى الآثار عن الإمام أبى حنيفة — رضى الله عنه — أنه قال :

« لا بأس بالصدقات كلها على بنى هاشم مع أن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال فيما روى عنه مسلم « إن الصدقة لا تنبغى لآل محمد إنما هى أوساخ الناس » فلما انقطع ذلك — أى سهم ذوى القربى — عنهم ورجع إلى غيرهم بموت رسول الله — صلى الله عليه وسلم — حل لهم بذلك ما قد كان محرماً عليهم من أجل ما كان أحل لهم »(١) اهـ .

وقد أفتى الإمام أبو يوسف — رحمه الله تعالى — برعى حشيش الحرم للحاجة والضرورة مع ورود النهى عنه للمصلحة وحاجة الحجاج كما أفتى به الشافعية .

هذا وقد ذكر الشيخ أحمد فهمى أبو سنه فى رسالته « العرف

---

(١) شرح معانى الآثار جـ ٢ ص ١١

والعادة »(١) إن الحنفية لم يعتبروا من الأوصاف المناسبة إلا المؤثر ، وعرفوه : بأنه الوصف المناسب الذى ثبت بالنص أو الإجماع اعتبار عينه أو جنسه فى عين الحكم أو جنسه وذكروا من أنواعه اعتبار جنس العلة فى جنس الحكم كاعتبار المشقة فى التخفيف . . . وقد أخذ الحنفية من هذا الدليل قولهم المشقة تجلب التيسير واستنبطوا أحكاماً كثيرة رعاية لرفع الحرج وعموم البلوى .

ثم قال : « إن فقهاء الحنفية وضعوا قاعدة رعاية العرف استناداً إلى هذا الدليل وهذا يشير إلى الاستدلال على القاعدة بنوع من أنواع المؤثر الذى تقدم بيانه . . . وهو كذلك يصلح إشارة إلى التعليل بالمصلحة المرسلة عند المالكية لأنه راجع إلى تأثير جنس الوصف فى جنس الحكم ، ولم يشهد له أصل معين ، بل فيه حفظ مقصود من مقاصد الشارع ، وهو التيسير ورفع الحرج ، لاسيما وأن مالكا لا يشترط فى المصلحة أن تكون ضرورية كالغزالى بل يقبلها وإن كانت حاجية أو كمالية » اهـ .

فالحنفية قالوا بالمصلحة المرسلة مثل المالكية ، وأن قاعدة رعاية العرف التى وضعوها ترجع إلى اعتبار المصلحة التى ترجع إلى قاعدة التيسير ورفع الحرج .

وقد أفتى فقهاء الحنابلة بفتاوى كثيرة راعوا فيها اعتبار المصلحة نظراً لتفسير العرف وتبدل الأحوال ، وقد تقدم فى بحث « العرف والإجماع » ما أفتى به الفقهاء من جواز التسعير تبعاً لتغير العرف تحقيقاً المصلحة وقد قال بجوازه الحنابلة لهذا المعنى وقالوا :

---

(١) ص ٣٦ — ٣٨

« يجب عليهم بيعها بقيمة المثل ولا معنى للتسعير إلا إلزامهم بقيمة المثل والتسعير معناها إلزام بالعدل الذى ألزمهم الله به » اهـ .

والحنابلة يشترطون فى المصلحة المرسلة ما اشترطه المالكية فقد ذكر الشوكانى فى ذلك قوله : « وإن كانت ملائمة لأصل كلى من أصول الشرع أو لأصل جزئى جاز بناء الأحكام عليها وإلا فلا حكاه ابن برهان فى الوجيز عن الشافعى وقال : إنه الحق المختار اهـ .

ومن ذلك ما أحدثه عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ من إنشاء الديوان لحفظ ما يتعلق بحقوق الناس وضبطها من الأعمال والأموال وما يقوم بذلك من العمال والجند وأعطياتهم وأرزاقهم ، ومدة خدمتهم وعزلهم وتقليدهم وما يختص ببيت المال من دخل وخرج وما يتعلق بذلك من أمور تقتضيها أحكام حسبما تقضيه الأعمال المختلفة وما يتعلق بها من رسوم وحقوق بحسب اختلاف البلاد والأشخاص والتقليد والعزل وترتيب الوظائف فى الدولة واختصاصاتها .

ومن هذا القبيل فى عصرنا الحاضر الأحكام التى تتعلق بشئون الإدارة المنظمة لمصالح المجتمع من التدبير التى تتوقف عليها تنظيم تلك الشئون والمصالح العامة ، وذلك كفرض الضرائب على القادرين عند الحاجة إلى الأعمال العامة لتجهيز الجيوش وإنشاء المصالح وغير ذلك ، من إنشاء جهاز للشرطة للمحافظة على الأمن ومصالح الناس ، ومنه إنشاء المستشفيات ودور العجزة وسائر وجوه الضمان الإجتماعى ، إلى غير ذلك من الأمور التى أصبح معلوماً أنه لا غنى عنها فى مجتمع من المجتمعات والتى يجب أن يتعاون عليها الجميع .

وكل ذلك من مقتضى الولاية العامة لصاحب السلطة العليا فى الأمة

فان له أن ينظم هذه الأمور والأوضاع ويسن النظم اللازمة لاستمرار هذه الأعمال فى تأدية خدماتها للأفراد .

ومن هذه الأمور التى أصبحت معرفة مستقرة وتدخل تحت هذا الموضوع ، ما يتعلق بالنظم القضائية التى عرفت فى العصر الحاضر من تخصيص القضاء بحيث يكون لكل نوع من الدعاوى محكمة مختصة تنظر فيه كالمحاكم التى تنظر فى محاكمة المجرمين والمحاكم التى تنظر فى الحقوق المالية والمحاكم العمالية وما يتعلق بسير الدعاوى وغير ذلك .

ومن ذلك جعل المحاكم على درجات بحيث يكون أمام المحكوم عليه طريقاً للطعن فى الحكم الصادر عليه أمام محكمة أعلى تستطيع فسخه أو تعديله إذا وجدت فيه جوراً أو خطأ ، وكذلك منع سماع الدعاوى إذا مضت عليها مدة معينة بلا عذر وذلك للشك فى أصل الحق وإثباته بعد التقادم ، ولتخليص القضاء من البحث عن الوقائع القديمة التى كثيراً ما تكون مضيعة للجهد ومربكة للعمل ، ولحمل الناس على متابعة حقوقهم وعدم إهمالها وهذا هو المعروف بالتقادم أو مرور الزمن التى أقرها المتأخرون من الفقهاء .

ومنه أيضاً الأحكام التى تتعلق بالشهر العقارى والتى تقضى بأن العقود العقارية لا تكسب المتعاقد حقاً فى العقار مالم يسجل فى السجل العقارى وذلك لمقاصد تنظيمية وإصلاحية عديدة منعاً للتلاعب والاحتيال على الناس ببيع العقار أكثر من مرة لعدة أشخاص .

ومن المسائل التى تتعلق بهذا المبحث ، الحكم بإنهاء الزواج بين المفقود وزوجته بناء على طلبها ، وإن لم يثبت موته بعد أربع سنوات من فقده فى حال السلم أوسنة فى حال الحرب ثم تعتد الزوجة ويسوغ لها بعد ذلك أن تتزوج وتقضى الزوجة عدتها الشرعية ، وذلك دفعاً للضرر من بقاء الزوجة

معلقة مدى العمر وبهذا قضى عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - وبه قال المالكية تبعاً لقضائه .

وعلى هذا فالعرف الذى استوفى شروطه السابقة هو الذى يكون فى الأخذ به مصلحة وذلك قال الفقهاء باعتباره وأخذ الفقهاء بالمصلحة المرسلة وبشروطها التى ذكرت واختلاف الحكم تبعاً لاختلاف العرف والمصلحة ليس باختلاف فى أصل الخطاب — كما سلف — وإنما جاء ذلك من تطبيق أصل عام دائم هو :

« أن المصلحة التى يرد دليل شرعى باعتبارها أو إلغائها يقضى فيها المجتهد على قدر ما يراه فيها من صلاح ، وكذلك على المجتهد تطبيق أصل آخر هو اعتبار العرف الذى يرجع إلى المصلحة تبعاً للحاجة والضرورة ، فالأحكام المبنية على المصالح المرسلة والتى رجع إليها العرف تستند إلى أصول الشريعة العامة التى تقتضى اليسر ورفع الحرج عن المكلفين ، وقد جاء فى ذلك قواعد وضعها الفقراء مثل :

« المشقة تجلب التيسير » و « إذا ضاق الأمر اتسع » . وقد قال الله تعالى « ما جعل عليكم فى الدين من حرج »(١) وقال تعالى « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(٢) .

ويقول ابن تيمية : ومن استقرأ الشريعة فى مواردها ومصادرها وجدها مبنية على قوله تعالى :

« فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه »(٣) وقوله تعالى « فمن اضطر فى مخمصة غير متجانف لإثم فإن الله غفور رحيم »(٤) .

---

(١) سورة الحج ٧٨
(٢) سورة البقرة ١٨٠
(٣) سورة البقرة ١٧٣
(٤) سورة المائدة ٣

فكل ما احتاج إليه الناس فى معاشهم ولم يكن سببه معصية هى ترك واجب أو فعل محرم لم يحرم عليهم لأنهم فى معنى المضطر الذى ليس بباغ ولا عاد » .

وقال أيضاً :

« إذا أشكل على الناظر أو السالك حكم شىء هل هو على الإباحة أو التحريم فلينظر إلى مفسدته وثمرته وغايته ، فإن كان مشتملا على مفسدة راجحة ظاهرة فإنه يستحيل على الشارع الأمر به أو إباحته بل يقطع أن الشرع حرمه لا سيما إذا كان مفضياً إلى ما ينقضه الشرع ويحرمه الله تعالى ورسوله ﷺ .

فهذا الأصل الذى يعرفه المجتهدون من موارد الشريعة الإسلامية هو بمعنى قول الشارع للذين أوتوا العلم وأهل الاستنباط :

« إذا عرض لكم أمر فيه مصلحة ولم تجدوا فى الأدلة التى بين أيديكم ما يدل على رعايتها بخصوصها أو إلغائها فزنوا تلك المصلحة بعقولكم الراسخة فى فهم المقصود من التشريع وفصلوا لها أحكاماً تطابقها دون الخروج عن مقصود الشارع من التشريع . وذلك فى باب المعاملات لأن أحكامها مبنية على رعاية المصالح التى يتيسر لذوى العقول السليمة متى عرفت أحكامها وفهمت القصد من التشريع أن تقف على أسرارها وترى الخير فى التمسك بها .

ويذكر الإمام الشاطبى - رضى الله عنه — فى الموافقات « أن المنافع والمصالح مقصودة من تصرفات العقلاء بلا خلاف بين العقل والشرع وكذلك هى مقصودة عرفاً وعادة ولهذا كان العقد على الذوات من أجل تحقيق المنفعة كمن عقد على سكنى دار أو شراء ثوب فالذوات لا ينتفع بها من

حيث هى ذوات ، وإنما من حيث ما يراد منها ، فالدار ينتفع بسكناها والثوب باللبس ولذلك يزاد فى ثمن الأصل كلما زادت منفعته المعهودة عرفاً . . .

فالقصد الشرعى إلى المنفعة التى تتحقق من العقود التى يقوم بها الإنسان يتبع القصد العرفى لأن من أصول الشارع مراعاة مصالح ومقاصد المكلفين منها طالما كان ذلك لم يخالف أصلا من أصول الشريعة أو نصاً شرعياً صح ذلك التصرف .

وإذا ثبت أن المنافع مقصودة عرفاً وعادة ثبت أن الشارع بحسب ذلك القصد وكذلك كل ما لا منفعة فيه من العقود عليه فى المعاوضات لا يصح العقد عليه اهـ (بتصرف واختصار) .

فالشريعة الإسلامية بأصولها وقواعدها تقر الصالح الذى جرى به العمل بين الناس فى أمور حياتهم التى توارثوها وتعارفوا عليها جيلا بعد جيل من ألوان المعاملات المدنية والتجارية إلا أن هذه الأمور بحالتها التى كانت عليها لم تكن كافية لتحقيق المصالح المرجوة للناس فلا بد من أن تبين الشريعة أحكامها من وجوب أو ندب أو إباحة وبتحديد حدودها التى تناط بها الأحكام فتقر الصالح وتلغى ما هو فاسد .

وأكثر ما يحتاج إليه فى مقام التقرير هو حكم الإباحة لإبطال غلو المتغالين وترك المباحات يأخذ منها الناس حاجاتهم من غير تضييق قد يفوت المصالح ويكون سبباً فى المفاسد ، قال تعالى : « ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث » . وقال تعالى : « قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده والطيبات من الرزق » . « قل إنما حرم ربى ألقوا حسن ما ظهر

منها وما بطن والإثم والبغى بغير الحق »(١) اهـ .

وقد أقر بعد ذلك ، أن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

ومنع المفاسد مقدم على جلب المصالح . وبهذه المرونة فى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة كفلت لمن ساروا على منهاجها تحقيق مصالحهم فى كل زمان ومكان(٢) .

عاشراً — العرف والاستصحاب

الاستصحاب فى اللغة : طلب الصحبة أى أن المناظر يطلب صحة ما مضى من الدليل . وهو مأخوذ أيضاً من المصاحبة .

وفى الاصطلاح :

هو الحكم الظنى بثبوت أمر فى الزمن الماضى بناء على ثبوته فى الزمن الأول ما لم يطرأ ما يغيره .

وهذا بمعنى قول الفقهاء : الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما لم يطرأ مغير ؛

---

(١) سورة الأعراف ٣٢ ، ٣٣

(٢) يراجع سوى ما تقدم « الموافقات » جـ ٢ ص ٣ ، ٤ ، ٣٨ و جـ ٣ ص ١٠٠ والاعتصام جـ ٢ ص ٢٠٧ ، ٣١١ الأحكام للآمدى جـ ٣ ص ٣٨٨ وقواعد الأحكام جـ ١ ص ١ — ١١ والمستصفى للغزالى جـ ١ ص ٣١٠ والبرهان لإمام الحرمين ص ٣٣١ والأشباه للسيوطى ص ٨٨ وفتح البارى جـ ٤ ص ٣٢١ والأحكام السلطانية للماوردى ص ١٧٥ والأحكام السلطانية لأبى يعلى ص ٢٢٠ والطرق الحكمية والسياسة الشرعية لابن القيم ص ١٨ ، ٢٢٣ ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٣٠ والمدخل الفقهى للزرقا ص ٨٠ جـ ١ وأصول التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه لعبد الوهاب خلاف ص ٧٨

والاستصحاب على نوعين :

١ — استصحاب العدم الأصلى أو النفى الأصلى ، وهذا لا خلاف فيه فإن الأصل فى الأشياء العدم .

٢ — استصحاب الحكم الشرعى ، وقد اختلفوا فيه على رأيين :

الأول : أنه حجة وإليه ذهب المالكية والحنابلة وجمهور الشافعية والظاهرية وأبو منصور الماتريدى من الحنفية .

الثانى : أنه ليس حجة وإليه ذهب أكثر الحنفية .

وسبب الخلاف هو أن أصحاب الرأى الأول ، يقولون : إن موجب الوجود هو موجب البقاء ما لم يطرأ مغير .

وأصحاب الرأى الثانى يقولون : إن موجب البقاء غير موجب الوجود.

أدلة الرأيين :

استدل أصحاب الرأيين كل فريق على ماذهب إليه بأدلة متعددة نكتفى بذكر دليلين منها لكل فريق تبين وجهة كل فى النظر إلى الاستصحاب .

١ — استدل أصحاب الرأى الأول فقالوا :

أولا : إن ما ثبت وجوده أو عدمه فى الماضى ولم يطرأ ما يغيره فهو مظنون البقاء ضرورة وكل ما هو مظنون البقاء يجب العمل به ، لأن الأدلة قامت على وجوب العمل بالظن . وهذا مسلم .

وأما كونه مظنون البقاء ضرورة فلوجوه ثلاثة :

(ا) لو لم يكن ما ثبت فى الماضى مظنون البقاء مالم يرد ما يغيره ،

لما ثبت معجزة النبى — صلى الله عليه وسلم — لأن المعجزة أمر خارق للعادة مقروناً بالتحدى ولا تكون المعجزة خارقة للعادة إلا إذا كانت العادة متكررة ومستمرة لأن ذلك يجعل العادة إذا ونعت لا تقع إلا على هذا الوجه المستمر المتكرر ، وذلك متوقف على أن الأصل بقاء ما كان على ما كان . فلو تساوى بقاء العادة وعدمها لكان اعتقاد وقوع المعجزة على وجه خارق للعادة مساو لاعتقاد وقوعها غير خارقة للعادة فلا يتحقق كونها معجزة . وبقاء ما كان على ما كان عليه هو الاستصحاب .

(ب) لو لم يكن ما ثبت فى الماضى مظنون البقاء لزم عدم ثبوت الأحكام الشرعية الثابتة فى عهد رسول الله ﷺ بالنسبة إلينا ويكون بقاؤها مساو لعدم بقائها . ويكون الحكم ببقائها ترجيح من غير مرجح لولا استصحاب بقائها فالحكم بالاستصحاب فى ذلك يدل على أنه حجة .

وأجيب عن هذا الوجه :

بأننا إذا علمنا أن الشارع حين شرع الأحكام كأنه قال : أوجبت العمل بهذه الأحكام والشرائع وجوباً مستمراً إلى أن يطرأ مغير فيكون بقاء الأحكام منصوصاً عليه كأصل ثبوتها فلا حاجة أبداً إلى التمسك بالاستصحاب لأنه يلزم عليه أن تكون النصوص من الكتاب والسنة غير دالة على الأحكام لولا الاستصحاب وهذا لا يمكن أن يذهب إليه أحد .

(ج) لو لم يكن ما مضى مظنون البقاء لزم تساوى النكاح والطلاق عند الشك فيهما فيحل أو يحرم الوطء للزوجة عند الشك فى النكاح والطلاق لتساويهما فى عدم حصول الظن بما مضى من النكاح أو الطلاق .

ولكن الفقهاء فرقوا بين الأمرين فقالوا: يحل الوطء مع الشك في الطلاق ويحرم مع الشك في النكاح — أي العقد على المرأة.

وذلك لأن الشك في النكاح شك في السبب والشك في السبب مؤثر في وجود المسبب فاستصحبت الحالة التي كانت موجودة قبل الشك وهي عدم العقد عليها.

وأما الشك في الطلاق فشك في المانع ودوام الزوجية مظنون والشك في المانع لايؤثر مع ذلك. فاستصحبت الحالة الموجودة قبل الشك. ولو لم يعتبر الاستصحاب لزم استواء الأمرين في الحكم والإجماع على خلافه.

الدليل الثاني: أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا من وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به فإنهم يجوزون القضاء والحكم به في المستقبل بعد زمان وجود ذلك الشيء.

كما أنهم يجوزون مراسلة من عرفوا حياته وبقاءه قبل المراسلة إليه بمدة ويشهدون بدين في الحال على من أقربه في الماضي، ولولا الاستصحاب وأن الأصل بقاء ما كان على ما كان لما ساغ لهم ذلك، وهذا هو معنى الاستصحاب.

٢ — استدل أصحاب الرأي الثاني فقالوا:

الدليل الأول: إن الحكم الشرعي لا يثبت إلا بدليل شرعي والاستصحاب ليس دليلا شرعياً فإثبات الحكم بالاستصحاب إثبات له من غير دليل وهو باطل.

وأجيب عن هذا:

(ا) بأن الحكم المستصحب إنما يحتاج إلى دليل في إثباته إبتداء وأما في بقائه فلا يحتاج إلى دليل ويكفي فيه الاستصحاب.

(ب) لو سلمنا أن بقاء الحكم يحتاج إلى دليل فانحصار الأدلة الشرعية فى الكتاب والسنة والإجماع والقياس ممنوع لأن الاستصحاب دليل كما قدمنا .

الدليل الثانى : لو كان الاستصحاب معتبراً ويفيد بقاء ما ثبت فى الماضى والحكم به فى الزمن الحال لكانت بينة المنكر أولى بالقبول من بينة المدعى ، لأن بينة المدعى مؤيدة باستصحاب البراءة الأصلية ، ولكن بينة المنكر لا تقبل منه وقبولها باطل للاتفاق على قبول بينة المدعى .

وأجيب عن هذا : بأن ما قلتموه يلزم لو تساوت البينتان فى تحصيل الظن وتأيدت بينة المنكر بالبراءة الأصلية .

ولكن الأمر ليس كذلك لأن الظن يحصل ببينة المدعى لاغير لأن غلط المدعى بظن شغل ذمة المدعى عليه بعيد .

وأما المدعى عليه وهو المنكر فلا يبعد غلطه بظن عدم وجود الحق فى ذمته وشغلها به .

ومن ناحية أخرى فإن المدعى يدعى العلم بالوجود ، وذلك له طرق قطعية يثبت بها ، أما المنكر فيدعى عدم العلم بالوجود ، وعدم العلم ظنى فترجحت بينة المدعى على بينة المنكر .

هذا وعلى القول بحجية الاستصحاب تقررت القواعد الآتية :

١ — اليقين لا يزول بالشك .

٢ — الأصل فى الأشياء الإباحة ، مالم يوجد دليل ناقل عنها :

٣ — الأصل بقاء ما كان على ما كان عليه ما لم يطرأ مغير (١) .

وبعد هذا نقول : إن العرف الثابت يلتقى مع القول بالاستصحاب لأنه مر فى شروط اعتبار العرف أن يكون قائماً عند إنشاء التصرف وأن لا يعارضه تصريح من المتعاقدين بخلافه ، أو يعارضه حكم شرعى . فإذا ما تعاقد اثنان على أمر جرى العرف باعتباره فإن العرف يحكم بينهما عند التنازع ويستصحب للحكم به بينهما فيما تنازعا فيه .

وأما إذا اتفقا على خلاف ما جرى به العرف فإن العرف يكون قد عارضه تصريح بخلافه فلا يكون محكماً بينهما . ويحكم بما اتفق عليه لأن العقد شريعة المتعاقدين .

وقد قال الفقهاء : لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح .

حادى عشر — العرف وسد الذرائع

السد فى اللغة معناه : الحاجز والمانع .

والذريعة فى اللغة : الوسيلة التى يتوصل بها إلى الشيء .

فسد الذرائع معناه : منعها ودفعها والحيلولة دونها .

ويقول القرافى : سد الذرائع معناه حسم مادة وسائل الفساد دفعاً له اهـ .

---

(١) يراجع فى هذا البحث : الأحكام للامدى ج ٤ ص ١٧٢ ط المعارف وشرح الأسنوى على المنهاج ج ٣ وشرح الإبهاج على المنهاج لابن السبكى ج ٣ وأصول الفقه للشيخ طه عبد الله الدسوقى ص ١٩٠٧ وما تقدم فى شروط اعتبار العرف ، وما يأتى فى العرف وقواعد الفقه .

والدفع : هو منع التأثير عما تؤدى إليه لولا ذلك الدافع .

وقبل أن نتكلم على ما قصدنا إليه هنا ننبه إلى أمور ثلاثة :

الأمر الأول : فى الفرق بين المقدمة ، والذريعة .

بالنسبة للمقدمة اتفق الفقهاء على أن مقدمة الشىء تأخذ حكمه ، لأنها يتوقف عليها وجود ذلك الشىء ، وإن كانوا قد اختلفوا فى دليل حكم المقدمة هل هو مستفاد من دليل الحكم الأصل الذى هى مقدمة ، أو حكمها مستفاد من دليل آخر .

وأما الذريعة ، فإن فيها معنى التوصل والإفضاء إلى المقصود بالحكم ، وبذلك نجد أن الفرق بينهما هو أن المقدمة الملحوظ فيها توقف الشىء عليها ، والوسيلة الملحوظ فيها التوصل إلى المقصود .

الأمر الثانى : لا يلزم فى الذريعة التى يتوصل بها إلى ما فيه مفسدة أن يكون وجود تلك المفسدة متوقفاً عليها ، بل قد يتوصل إلى هذه المفسدة بغير تلك الذريعة مثل قوله تعالى « ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن » .

فالضرب بالأرجل من المرأة ذات الخلاخيل لا يتوقف عليه مفسدة افتتان الرجل بالمرأة ، لكنه ذريعة إلى تلك المفسدة لأن من شأنه أن يجر إليها .

الأمر الثالث : من فعل الذريعة المؤدية إلى المفسدة قاصداً بها ماتؤدى إليه وتخلف مقصوده لمانع ، فإن هذا المانع لا يرفع الإثم عن فاعل الذريعة لأنه منوط بفعلها مع العلم بأنها تؤدى إلى الفساد ، سواء وقع الفساد من فاعل الذريعة أوغيره ، كمن يناول إنساناً سكيناً ليقتل بها برىء ،

أو يدل ظالماً على برىء وهو يعلم أنه سيؤذيه ، فلو امتنع القتل بالسكين أو عفا الظالم عن البرىء فإن من حدث منه المناولة للسكين أو دلالة الظالم على مكان البرىء لا يرفع عنه الإثم لأن كلا منهما يعلم أن ما فعله يؤدى إلى فساد(١) .

تقسيم الوسائل « الذرائع »

قسم القرافى والشاطبي من المالكية وابن القيم من الحنابلة الوسائل أقساماً متعددة وما ذكره كل منهم يقرب مما ذكره الآخر .

أولا : تقسيم القرافى :

١ — قسم أجمعت الأمة على سده ومنعه ، كحفر الآبار فى طريق المسلمين فإنه وسيلة إلى إهلاكهم ، وكذلك إلقاء السم فى أطعمتهم ، وسب الأصنام عند من يعلم من حاله أنه يسب إله الناس أجمعين لقوله تعالى : « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله فيسبوا الله عدواً بغير علم » .

٢ — وقسم أجمعت الأمة على أنه ليس ممنوعاً وهو وسيلة لا تسد ولا تحسم ، كالمنع من زراعة العنب خشية اتخاذه خمراً ، فإنه لم يقل أحد بمنعه لمجرد الظن بأنه قد يتخذ خمراً . وكالمجاورة فى البيوت خشية الزنا لم يقل أحد بمنعه .

٣ — وقسم اختلف العلماء فيه هو يسد أو لا يسد كالبيوع المؤدية إلى الربا والنظر إلى النساء هل يحرم لأنه يؤدى الى الزنا أو لا يحرم ، وحكم القاضى بعلمه ، هل يحرم لأنه وسيلة القضاء بالباطل من قضاة

---

(١) يراجع رسائل الإصلاح للشيخ محمد خضر حسين ج ٣ ص ٥٥ ط القدس ، والسياسة الشرعية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ٦٨

السوء أو لا يحرم . وغير ذلك من الوسائل التى قد تؤدى الى ما هو ممنوع شرعاً(١) .

ثانياً — تقسيم ابن القيم للوسائل :

١ — أن يكون وضعها مؤدياً إلى المفاسد كشرب المسكر المؤدى إلى السكر ، والقذف المؤدى إلى مفسدة الفرية والزنا المؤدى إلى اختلاط المياه ، وفساد الفرس ، ونحو ذلك فهذه أقوال وأفعال وضعت مؤدية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها .

٢ — أن تكون الوسيلة موضوعة للإفضاء الى أمر جائز أو مستحب فيقصد به التوصل إلى المفسدة كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل — أى تحليل المطلقة ثلاثاً — لتعود بعده إلى الزوج الأول ، أو يعقد عقد البيع قاصداً به الربا .

٣ — أن تكون الوسيلة موضوعة للمباح ولم يقصد بها التوصل الى المفسدة ولكن مفسدتها أرجح من مصلحتها لأنها تؤدى الى المفسدة غالباً كمن يسب آلهة المشركين بين أظهرهم ، وتزيين المتوفى عنها زوجها أيام العدة ، ونحو ذلك .

٤ — أن تكون الوسيلة موضوعة المباح ، ولكنها قد تفضى إلى المفسدة ومصلحتها أرجح من مفسدتها ، ومثاله نظر الخاطب الى مخطوبته ، والتى طلب زواجها ، والمشهود عليها ، وكلمة الحق عند سلطان جائر ، اه .

ثم ذكر ابن القيم أن القسم الأول جاءت الشريعة بمنعه كراهة أو

---

(١) يراجع الفروق للقرافى ج ٢ ص ٣٠ ، ج ٣ ص ٢٦٦ وشرح تنقيح الفصول له أيضاً ص ٤١٧

تحريماً بحسب درجاته فى المفسدة وجاءت الشريعة بإباحة القسم الرابع وإيجابه أو استحبابه بحسب درجاته فى المصلحة وهذان القسمان فى غير حاجة إلى دليل عليهما .

وأما القسمان الثالث والرابع :

فكلاهما ممنوع لأن ما يقصد به التوصل إلى المفسدة ممنوع وما يؤدى إليها ممنوع كذلك لأن الشريعة الإسلامية تعمل على جلب الصالح ومنع المفاسد . وقد استدل ابن القيم على ذلك بأدلة كثيرة بلغت تسعة وتسعين وجهاً من وجوه الأدلة[١] .

ويقول الشاطبى :

« إن قصد الشارع من المكلف أن يكون قصده فى العمل موافقاً لقصده — أى الشارع — فى التشريع ، ودليل ذلك ظاهر من وضع الشريعة إذ أنها موضوعة لمصالح العباد على الإطلاق والعموم ، والمطلوب من المكلف أن يجرى ذلك فى أفعاله ، وأن لا يقصد خلاف ما يقصده الشارع ، ولأن المكلف خلق لعبادة الله تعالى ، وذلك راجع إلى العمل على وفق القصد من وضع الشريعة — هذا محصول العبادة — فينال بذلك الجزاء فى الدنيا والآخرة » اهـ[٢] .

ويقول أيضاً : إن الأعمال بالنيات والمقاصد معتبرة فى التصرفات من العبادات والعادات » اهـ .

---

(١) إعلام الموقعين جـ ٣ ص ١٣٦

(٢) الموافقات ص ٣٢٣ و ص ٣٣١

يقول الشيخ محمد الخضر حسين[1] :

« ولا تختص الذرائع التي يجب سدها بالأفعال ، بل يعد في قبيلها ترك الأفعال التي تحمى بها نفوس أو أموال ، فمن وجد رضيعاً بمكان خال ، وتركه بحاله ، وهو قادر على إنقاذه عالم بأن تركه يفضي إلى موته ، فمات عد تركه للطفل في موضع التهلكة جريمة ، إذا كان من وسائل الفساد التي يجب سدها ومعاقبة من يرتكبها .

ثم قال : وجاء في فتاوي الفقهاء : أن من منع فضل مائه مسافراً وهو عالم أنه لا يحل له منعه وأنه يموت إن لم يسقه فمات حقت عليه عقوبة القصاص . وكذلك الحارس ينام اختياراً في غير الوقت الذي اعتاد فيه النوم ، فيضيع شيء مما أقيم لحراسته فإنه يضمن ما ضاع ، وليس نومه إلا تركاً للحراسة ، وكان هذا الترك وسيلة إلى ضياع المال » اهـ .

العرف وسد الذرائع :

بعد الذي تقدم أقول إن العرف الذي يؤدي إلى الفساد يجب سده وحسمه لأنه إذا أدى إلى الفساد كان غير معتبر شرعاً ، كما تقدم في العرف الفاسد — وعلى ذوي الرأي والفكر والمسئولية في المجتمع توجيه الناس ما هو صالح لهم وترك ما هو فاسد أو يكون ذريعة ووسيلة إلى الفساد فيضيع الناس والمجتمع بعد ذلك ، وهذا يخالف ما تقصده الشريعة الإسلامية من تحقيق مصالح الناس ودفع المفاسد عنهم ، لأن الشريعة إذا لم تعتبر المقصد لفساده لم تعتبر الوسيلة المؤدية إليه وفي ذلك يقول الفقهاء :

---

(١) رسائل الإصلاح جـ ٣ ص ٥٧

« كلما سقط اعتبار المقصد سقط اعتبار الوسيلة فإنها تبع له »[1] .

هذا وقد تقدم فى بحث « العرف والمصلحة » أن العرف الذى يحقق المصلحة التى يقرها الشارع يكون عرفاً معتبراً شرعاً .

يقول القرافى : « إن الذريعة كما يجب سدها يجب فتحها »[2] .

فليست كل ذريعة ممنوعة بل الممنوع ما أدى إلى المفسدة وما أدى إلى المصلحة لا يكون ممنوعاً بل ينظر إلى الذريعة باعتبار ما تؤدى إليه من مصلحة أو مفسدة قبل الحكم بسدها أو فتحها .

منزلة سد الذرائع فى الشريعة الإسلامية :

أولا — يقول ابن القيم فى هذا : فى آخر حديثه عن سد الذرائع :

« وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف : فإنه — أى التكليف أمر ونهى .

والأمر نوعان :

أحدهما : مقصود لنفسه ، والثانى : وسيلة إلى المقصود .

والنهى نوعان :

أحدهما : أن يكون المنهى عنه مفسدة فى نفسه .

والثانى : ما يكون وسيلة إلى المفسدة .

فصار سد الذرائع المفضية إلى الحرام أحد ارباع الدين »[3].

(١ ، ٢) الفروق ج ٢ ص ٣١

(٣) إعلام الموقعين ج ٣ ص ١٥٩

ثانياً : يقول الشيخ محمد الخضر حسين — رحمه الله :

« إن الشريعة الإسلامية قد بنت كثيراً من أحكامها المنطوق بها في الكتاب والسنة على رعاية سد الذرائع ، وقد استخلص الفقهاء من هذه الأحكام الكثيرة أن من أصول الشريعة سد ذرائع الفساد ، واستمدوا من هذا الأصل أحكاماً حالوا بها بين الناس ، وبين ما يفضي إلى كثير من مواقع الفساد ، فقاعدة سد الذرائع قاعدة محكمة ، وفيها شاهد واضح على أن الشرع الإسلامي صالح لكل زمان ومكان . أ هـ (١) .

---

(٤) رسائل الإصلاح ج ٣ ص ٦٢ ويراجع كتابي « مالك » و« أحمد بن حنبل » للشيخ محمد أبو زهرة في حديثه عن سد الذرائع .

الباب الخامس

فى العرف وقواعد الفقه

ويشمل الآتى :

١ ــ تعريف القواعد الفقهية .

٢ ــ كيفية تقييد القاعدة الفقهية .

٣ ــ ورود الاستثناء على القواعد الفقهية .

٤ ــ أثر العرف فى قواعد الفقه إجمالا .

٥ ــ قاعدة العرف « العادة محكمة » .

وما تفرع عليها من قواعد .

٦ ــ القواعد التى يمكن أن يرد العرف إليها .

(ا) قاعدة الأمور بمقاصدها .

(ب) قاعدة اليقين لا يزول بالشك .

(ﺟ) قاعدة « المشقة تجلب التيسير » .

(د) قاعدة الضرر يزال .

(ﻫ) قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة .

٧ ــ هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ؟

٨ ــ مجال القاعدة التى أنشأها إجمالا .

٩ ــ مجال هذه القاعدة فى أبواب الفقه المختلفة ، ونذكر بعض المسائل الفقهية للدلالة على ذلك على سبيل المثال لا الحصر .

أولا : تعريف القواعد الفقهية

(ا) القاعدة في اللغة : الأساس ، وقاعدة كل شيء أساسه ، وقواعد البيت أسسه التي يرتفع بناؤه عليها قال تعالى « وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل » .

(ب) تعريف القواعد في الإصطلاح :

١ — عرفها الحموي في شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم فقال :

« القاعدة حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته »(١).

٢ — عرفها صاحب منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق فقال :

« وأما في الإصطلاح فحكم كلي ينطبق على جميع جزئياته ليتعرف بها أحكام الجزئيات والتي تندرج تحتها من الحكم الكلي » .

ثم قال : قيل : هذا عند الفقهاء وأما عند غيرهم :

فحكم أكثري ينطبق على أكثر جزئياته اهـ(٢) .

٣ — عرفها الأستاذ مصطفى الزرقا فقال :

« القواعد الفقهية : أصول فقهية كلية في نصوص دستورية موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها »(٣).

---

(١) شرح الحموي على الأشباه جـ ١ ص ٤

(٢) منافع الدقائق للسيد مصطفى بن السيد محمد الكوز الحصاري شرح مجامع الحقائق لأبي سعيد الخادمي ص ٣٠٥

(٣) المدخل الفقهي العام ص ٩٣٣

وتعريف الحموى والتعريف الثانى الذى ذكره صاحب المنافع يجعلها أغلبية أو أكثرية . وتعريف صاحب المنافع الأول يجعلها كلية ، وتعريف الزرقا يكاد يتفق معه .

وتعريف الحموى هو الراجح لأن قواعد الفقه الكلية وكما شاع فى الإطلاق عليها ، كثيراً ما يدخل عليها الاستثناء .

وعلى هذا فيكون مراد صاحب المنافع فى تعريفه الأول والزرقا فى تعريفه : أن شأن القاعدة أن تكون كلية لو لم يعارضها معارض فى جزئى خاص . وذلك هو ما أشار إليه الأستاذ الزرقا — كما سيأتى بعد قليل .

وقواعد الفقه تندرج تحت كل قاعدة منها فروع كثيرة متناثرة فى مختلف أبواب الفقه ، وهى تتميز بالإيجاز فى العبارة وصقل الصياغة والإستيعاب الواسع للفروع ، وقد وضع الفقهاء قواعد الفقه ذات صياغة محكمة يدخل تحتها مسائل كثيرة لتراعى فى تخريج أحكام الحوادث التى تتعلق بموضوع فقهى له صلة بالقاعدة .

وهذه القواعد لا تخلو كل قاعدة منها من استثناء يرد عليها فقياس القاعدة يقضى بتطبيق حكمها على هذا الفرع ، وقد يقتضى الاستحسان دخول هذا الفرع تحت قاعدة أخرى لتحقيق مصلحة أو منع مفسدة أو دفع الحرج .

يقول صاحب تهذيب الفروق نقلا عن العلامة الأمير :

« ومن المعلوم أن أغلب قواعد الفقه أغلبية » اهـ[1] .

---

(١) الفروق وتهذيبه جـ ١ ص ٣٦

ولذا قال الفقهاء « العبرة بالغالب الشائع لا للقليل النادر »(١) .

ومعنى ذلك أن القاعدة غير مطردة لأنها إنما تصور المبدأ الذى يعبر عن المنهاج العام فى حلول القضايا وترتيب أحكامها فإذا ما عارضها معارض فى جزئى من جزئياتها فهذا لا يمنع من الأخذ بها ما بقيت قاعدة فى الجملة .. وفى العرف والقياس تبين كيف يرد الاستثناء على القاعدة بالتفصيل كما تقدم .

وفى مقدمة مجلة الأحكام العدلية نجد أنها لم تسوغ للقاضى الاقتصار فى الأحكام استناداً على القواعد التى جاءت فى المجلة دون نص آخر خاص أو عام يشمل بعمومه الحادثة المقضى فيها لأن القواعد الفقهية على ما لها من قيمة واعتبار هى كثيرة المستثنيات فهى ليست نصوصاً ملزمة للقضاء وإنما هى دساتير للتفقه .

ويقول الأستاذ مصطفى الزرقا(٢) :

« وكون هذه القواعد أغلبية لا يغض من قيمتها وعظيم موقعها فى الفقه وقوة أثرها فى الفقه ، فإن فى هذه القواعد تصويراً بارعاً وتنويراً رائعاً للمبادىء والمقررات الفقهية العامة وكشفاً لآفاقها ومسالكها النظرية ، وضبطاً لفروع الأحكام العملية بضوابط تبين فى كل زمرة من هذه الفروع وحدة المناط وجهة الارتباط برابطة تجمعها وإن اختلفت موضوعاتها وأبوابها ، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام الفقهية فروعاً مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها فى الأفكار وتبرز فيها العلل الجامعة وتعين اتجاهاتها التشريعية وتمهد بينها طريق المقايسة والمجانسة » اهـ

(١) المنافع ص ٣٢٥ والمادة (٣٩) من مجلة الأحكام العدلية.

(٢) المدخل الفقهى العام جـ ١ ص ٩٣٥

ويتحدث الإمام القرافى عن قواعد الفقه وموقعها من أصول الشريعة وأهميتها بالنسبة للفقه والفقهاء الذين يعنون باستنباط الأحكام الشرعية فيقول(١) :

« إن الشريعة المعظمة المحمدية — زاد الله تعالى منارها شرفاً وعلواً — اشتملت على أصول وفروع وأصولها قسمان (أحدهما) المسمى بأصول الفقه وهو فى غالب أمره ليس فيه إلا قواعد الأحكام الناشئة عن الألفاظ العربية خاصة وما يعرض لتلك الألفاظ . . ونحو الأمر للوجوب والنهى للتحريم ، والصيغة الخاصة للعموم ونحو ذلك وما خرج عن هذا النمط إلا كون القياس حجة وخبراً لواحد وصفات المجتهدين » .

(والقسم الثانى) قواعد فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع فى الشريعة مالا يحصى ولم يذكر منها شىء فى أصول الفقه وإن اتفقت الإشارة إليه هنالك على سبيل الإجمال .

ثم قال : « وهذه القواعد مهمة فى الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ، وتتضح مناهج الفتاوى ، ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت عليه الفروع واختلفت واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى ومن ضبط الفقه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها فى الكليات واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب وأجاب الشاسع البعيد وتقارب » اهـ .

وذكر صاحب تهذيب الفروق عن ابن دقيق العيد « أن استنباط

---

(١) الفروق جـ ١ ص ٢ — ٣

أحكام الفروع من قواعد أصول الفقه غير مخلصة فى الفروع ولا يطرد تخريجها على القواعد الأصولية » اهـ .

هذا وقد عنى فقهاء المسلمين بهذا النوع من القواعد دراسة وتأليفاً لما يترتب عليها من تيسير الفروع ، وقد عرفت القواعد فى عصر الأئمة المجتهدين تدريجاً على أيدى كبار الفقهاء وأهل التخريج والترجيح أخذاً من دلالات النصوص ، وما تفيده علل الأحكام ولا يعرف لكل قاعدة واضع معين إلا ما كان منها نص حديث نبوى كحديث « لا ضرر ولا ضرار »(١) فهو أصل قاعدة الضرر يزال مثلا .

وما قاله عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فيما أخرجه سعيد ابن منصور قال : حدثنا أبو الأحوص عن أبى إسحاق عن البراء بن عازب قال ، قال عمر بن الخطاب — رضى الله عنه :

« إنى أنزلت نفسى بمنزلة ولى اليتيم إن احتجت أخذت منه فإذا أيسرت رددته فإن استغنيت استعففت » .

وقد أخذ الإمام الشافعى — رضى الله عنه — ذلك المعنى فقال « منزلة الإمام من الرعية منزلة الولى من اليتيم » ثم جعل الفقهاء ذلك نصاً لقاعدة « تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة » اهـ .

ومعظم القواعد اكتسبت صيغتها الأخيرة عن طريق التداول والصقل على أيدى فقهاء المذاهب فى مجال التعليل والاستدلال والضبط ، فقد كانت تعليلات الأحكام الفقهية الاجتهادية ومسالك العلل والنظر فى الأقيسة بين الأصل والفرع لها مجال كبير فى تقعيد هذه القواعد

(١) أخرجه الإمام مالك فى الموطأ ورواه الإمام أحمد فى المسند والحاكم فى المستدرك وغيرهم .

والأحكام صيغها بعد استقرار المذاهب وانصراف أتباعها إلى التحرير والصقل وترتيب الأصول والأدلة التي استمدوا منها الضوابط الفقهية والقواعد الكلية حتى أصبحت القواعد ذات شمول واسع في الأحكام التي تتناول جزئيات القاعدة.

وقد عنى الفقهاء بتأليف الكتب في قواعد الفقه على مر العصور.

ومعظم هذه الكتب لا تتضمن القواعد بالمعنى الذي ذكره الفقهاء في التعريفات المتقدمة وكان لكل منها منهاجه في صياغة الموضوع أو القاعدة التي يتحدث عنها وقبل الحديث عما يتعلق بالعرف من هذه القواعد لابد من الإشارة باختصار إلى منهاج أشهر الكتب المؤلفة في قواعد الفقه(١).

---

(١) « لقد كتب كثير من الفقهاء في قواعد الفقه ابتداء من القرن الثالث الهجري إلى القرن الرابع عشر وقد ظهرت في هذه الفترة كتب كثيرة في القواعد ذات فائدة كبيرة نذكر منها الآتي :

١ — أبو طاهر الدباس في القرن الثالث الهجري فقد جمع نحو سبعة عشر قاعدة .

٢ — أبو الحسن الكرخي المعاصر للدباس والمتوفى سنة ٣٤٠ هـ وقد وضع قواعده في رسالته المسماه « رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع فقه الحنفية » وهي ليست قواعد بالمعنى المفهوم وإنما هي أشبه بأفكار توجيهية لعلماء المذهب الحنفي وقد زاد على ما أخذه عن الدباس ووصل به إلى سبع وثلاثين قاعدة .

٣ — وفي القرن الخامس وضع أبوزيد الدبوسي المتوفى سنة ٤٣٠ هـ كتابه «تأسيس النظر» وفيه ستاً وثمانين قاعدة ، وقد عده علماء الأحناف كتاب أصول لأنه يذكر قواعده تحت كلمة « أصل » فيقول مثلا « القول في ذكر أصل بني عليه مسائل » ثم يشير إلى القاعدة أو الأصل وبين الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه أو بينه وبين غيره من الأئمة ، وقد ذكر ابن خلكان ، في وفيات الأعيان « أن الدبوسي أول من وضع علم الخلاف بين الفقهاء وجعله علماً مستقلا » .

٤ — وفي القرن الخامس أيضاً وضع القاضي عبد الوهاب بن نصر البغدادي المالكي كتاباً سماه « الجموع والفروق » ذكره تلميذه مسلم بن علي الدمشقي في كتابه « الفروق » الذي توجد منه نسخة مخطوطة في مكتبة جامع الزيتونة الأعظم بتونس» .

=

= ٥ — وفى القرن السابع وضع عز الدين بن عبد السلام من فقهاء الشافعية — المتوفى سنة ٦٦٠ هـ كتابه « قواعد الأحكام فى مصالح الأنام » كما وضع تلميذه شهاب الدين أحمد ابن ادريس القرافى المتوفى سنة ٦٨٤ هـ كتابه الفروق .

٦ — وفى أول القرن الثامن وضع ابن تيمية كتابه « القواعد النورانية الفقهية » وطبع لأول مرة سنة ١٣٧٠ هـ وهو شبيه بقواعد العزبن عبد السلام ، وإن كان أقرب إلى كتب الفقه منه إلى كتب القواعد فيقول مثلا « فصل وأما العقود والمعاملات المالية والنكاحية وغيرها فنذكر منها قواعد جامعة عظيمة المنفعة » ثم يذكر الأقوال التى جاءت فى صيغ العقود وآراء المذاهب فيها .. وقد ولد ابن تيميه سنة ٦٦١ وتوفى ٧٢٨ هـ .

٧ — وفى القرن الثامن وضع تقى الدين السبكى كتابه فى القواعد وقد توفى سنة ٧٥٦ هـ وجاء بعده بدر الدين الزركشى المتوفى سنة ٧٩٤ هـ ووضع كتابه « الدر المنثور فى ترتيب القواعد الفقهية » مخطوط . ووضع ابن رجب الحنبلى المتوفى سنة ٧٩٥ هـ كتاب « القواعد الفقهية » .

٨ — وضع السيوطى المتوفى أول القرن العاشر سنة ٩١١ هـ كتابه « الأشباه والنظائر » على غرار كتاب السبكى . وفيه خمس قواعد أساسية كالأركان فى المذاهب الفقهية ثم أربعون قاعدة أقل فى شمولها ثم عشرون قاعدة أتبعها بجملة من الأحكام المتفرقة تتخللها مسائل وضوابط أو قواعد تتعلق بها . ووضع بعده ابن نجيم كتابه « الأشباه والنظائر » وزاد على القواعد الخمس التى ذكرها السيوطى قاعدة سادسة وهى « لا ثواب إلا بالنية » .. وإن كانت من فروع قاعدة « الأمور بمقاصدها » . ثم ذكر تسعة عشر قاعدة أخرى فى موضوعات مختلفة أقل اتساعاً وشمولا يتفرع عنها بعض الضوابط والقواعد الفرعية .

٩ — وفى منتصف القرن الثانى عشر وضع أبو سعيد الخادمى المتوفى سنة ١١٥٤ هـ كتابه « مجامع الحقائق » وسرد فى خاتمته أربعاً وخمسين ومائة قاعدة ، وقد تبع الزركشى فى ترتيب قواعده على حروف المعجم وقد جاءت قواعده متداخلة ومترادفة كما أتى بعضها بمثابة التعليل والتوجيه على غرار ما فعل الكرخى . وقد أخذ معظم قواعده من أشباه ابن نجيم . وأضاف إليه ما أكمل به قواعده .

١٠ — وفى سنة ١٢٨٦ هـ جاءت مجلة الأحكام العدلية فذكرت فى أولها تسعة وتسعين قاعدة أو « مادة » وفى عهد السلطان عبد الحميد وضع مفتى دمشق الشيخ محمود حمزة كتابه « الفرائد البهية فى القواعد والفوائد الفقهية » جمع فيه ما تركته المجلة موضحاً بالأمثلة والأحكام الأساسية ثم وضع محمد الشطى فى مقدمة « توفيق النظامية » مائتى قاعدة وقليل منها هو الذى يشبه القواعد بالمعنى المذكور . وليس فيما ذكرناه حصراً لكتب القواعد وإنما هو عرض لبعض هذه الكتب التى ألفت فى القواعد ، وتوجد هناك كتب أخرى مؤلفة فى هذا الفن وإن كان أغلبها ما زال مخطوطاً .

أولا — الأشباه والنظائر للسيوطى وابن نجيم ومجامع الحقائق ومجلة الأحكام العدلية وضعت قواعدها ذات صياغة محكمة وثابتة أما مجلة الأحكام العدلية فقواعدها ذات صياغة فنية تشريعية ينطبق عليها معنى التعريف المتقدم أكثر من غيرها . وقد أكثر السيوطى وابن نجيم من التفريع على القواعد فى أبواب الفقه المختلفة .

ثانياً — كتاب قواعد الأحكام لعز الدين بن عبد السلام يضع الموضوع الفقهى عنواناً لفصل ثم يقسم الأحكام المتعلقة به ، وأحياناً يذكر قاعدة من القواعد ثم يتبعها ببعض المسائل والفروع .

ثالثاً — كتاب الفروق للقرافى وقد بين فى المقدمة سبب تأليفه وهو أهمية قواعد الفقه بالنسبة للفقيه ، وقد سار فيه على منهاج يبين الأحكام الأساسية فى الموضوعات الفقهية الكبرى فهو يعرض الفرق فى مواضع الاشتباه كما يقول : الفرق بين « قاعدة الخبر والانشاء » والفرق بين قاعدة « العرف القولى والعرف الفعلى » والكتاب فى منهاجه وموضوعه جليل وعظيم وقد ذكر فيه خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة .

رابعاً — قواعد ابن رجب الحنبلى ، فهو يذكر كلمة « قاعدة » ثم يذكر موضوعا فقهياً يتناول بالشرح والتفصيل ولذا فقواعده ليست ذات نصوص عامة بل تدل فى جملتها على مسائل جزئية أو مسائل ذات فروع .

ثانيا : كيفية تقعيد القاعدة الفقهية

ذكر الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى الرسالة ما يبين لنا ذلك فى حديثه عن بيان تحمل الإنسان نتيجة الخطأ الذى يقع منه .

ثم جاءت الدية فى القتل الخطأ استثناء من هذه القاعدة التى دل عليها الكتاب والسنة والإجماع والقياس وهو أنه :

« إذا جنى إنسان على بهيمة أو متاع تحمل نتيجة خطأه ولا يتحملها غيره » .

ولكن السنة المطهرة استثنت الدية فى القتل الخطأ من هذه القاعدة مراعاة للعرف فى تحمل العاقلة الدية عن الجانى فى ذلك الموضع لقيام التناصر بين أفرادها — كما ذكرنا فى العرف والقياس فيما تقدم .

قال الإمام الشافعى رضى الله عنه . .

« وقضى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — بالدية فى الحر المسلم يقتل خطأ مائة من الإبل وقضى بها على العاقلة . . . وكان العمد يخالف الخطأ فى القود والمأثم ويوافقه فى أنه قد يكون فيه دية فلما كان قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فى كل امرىء فيما لزمه إنما هو فى ماله دون مال غيره إلا فى الحر المسلم يقتل خطأ قضينا على العاقلة فى الحر يقتل خطأ بما قضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وجعلنا الحر يقتل عمداً إذا كانت فيه دية فى مال الجانى كما كان كل ما جنى فى ماله غير الخطأ ولم نقس مالزمه من غير غرم بغير جراح خطأ على مالزمه بقتل الخطأ .

ثم يذكر القاعدة الفقهية فى ذلك فيقول :

« والقياس فيمن جنى على بهيمة أو متاع أو غيره على ما وصفت أن ذلك فى ماله لأن الأكثر أن ما جنى فى ماله فلا يقال على الأقل — أى تحمل العاقلة فى الدية ويترك الأكثر المعروف . ويخص الرجل بقتل الحر خطأ فتعلقه العاقلة وما كان من جنايته على نفس خبراً وقياساً »(١).

وتفصيل ذلك أن القاعدة التى ذكرها الإمام الشافعى — رضى الله

---

(١) الرسالة للامام الشافعى ص ١٤٦

عنه — وغيره من الفقهاء هي : أن « الجاني يتحمل نتيجة جنائية » أو « اختصاص كل متلف أو متعد أو ملتزم بالضمان » (١).

وقد جاء في الاستدلال على هذه القاعدة قوله تعالى :

« وآتوا النساء صدقاتهن نحلة »(٢) وقوله تعالى « ومن قتله منكم متعمداً فجزاء مثل ما قتل من النعم »(٣) وقوله تعالى « ولا تكسب كل نفس إلا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى »(٤).

ففي الآية الأولى : أوجب الله تعالى الصداق على الزوج وأمره أن يعطيه للزوجة لأنه حق مفروض لها بالدخول سواء سمى في العقد أو لم يسم ، وقد كان الرجل في الجاهلية يتزوج بلا مهر أحياناً ، أو كان ذلك بعض أنواع النكاح ويقول للزوجة « أرثك وترثيني» فتقول الزوجة : نعم. فأمروا أن يسرعوا إلى إيتاء المهور للزوجات ، ولا يأخذ ولى الزوجة مهرها دونها ..

قال السيوطي في أسباب النزول (٥):

وذكر فيما أخرجه ابن حميد وابن أبي حاتم عن أبي صالح قال :

« كان الرجل إذا زوج أيما أخذ صداقها دونها فنهاهم الله عن ذلك ونزلت « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً ».

---

(١) البرهان لإمام الحرمين س ٢٨٧ - مخطوط بمكتبة الأزهر .
(٢) سورة النساء — ٤
(٣) سورة المائدة ٩٥
(٤) سورة الأنعام ١٦٤
(٥) س ٤٨

والآية الثانية : تقتضى ترتيب الجزاء على تعدى المرء على ما نهى الله تعالى عنه من قتل الصيد وهو محرم بالحج فى داخل الحرم وخارجه كما أفادت ذلك بقية الآيات ، وهو أن الإنسان يتحمل وزره ولا يتحمل وزر غيره .

وذكر الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى الرسالة « أن النبى ﷺ قضى أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت المواشى بالليل فهو ضامن على أهلها » .

وغير ذلك من الآيات والأحاديث التى جاءت بإلزام كل إنسان نتيجة عمله واختصاصه بالضمان فأفاد مجموع هذه الأحكام التى أخذت منها هذه القاعدة والتى دل عليها قوله صلى الله عليه وسلم « لا يؤخذ الرجل بجريرة أبيه ولا بجريرة أخيه » ، ثم شرعت الدية فى القتل الخطأ على عاقلة الجانى وخرج الحكم فيها عن القاعدة اعتباراً للعرف الذى كان قائماً فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو حمل العاقلة للدية فى القتل الخطأ . وجاءت أقوال الفقهاء وأجمعت الآثار الواردة فى ذلك على أن العاقلة تحمل الدية كما هو معروف عند العرب وأقره الإسلام ، وقد روى فى الصحيحين عن أبى هريرة رضى الله عنه :

« أن امرأتين اقتتلتا فحذفت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما فى بطنها ، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها غرة وأمة ، وقضى بدية المرأة على عاقلتها — أى الضاربة — وفى رواية أن العقل على عصبتها »(١) .

---

(١) تقدم الحديث عن الدية (فى العرف والإجماع) .

وإيجاب الشارع الدية على عاقلة الجانى فى القتل الخطأ ليس مخالفاً فى الحقيقة لنظرية مسئولية الجناية لا يتحملها غير الجانى ، لأن وجوب الدية على العاقلة فى القتل الخطأ واشتراكها فى تحملها من باب الإعانة ، ودفع الضرر عن القاتل لما كان خطأ غير مقصود ولا متعمد يعذر فيه القاتل حيث أنه لم يتعمد فعل الجريمة ولم يقصد ارتكاب الإثم ، لأن القتل الخطأ هو المحتمل وقوعه بين المسلمين سواء فى دار الإسلام . أو فى غيرها . قال الله تعالى « وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ » فهذا هو الاحتمال الوحيد لأن وجود مسلم إلى جوار مسلم نعمة كبيرة وعظيمة جداً ومن العسير تصور أن يقدم مسلم على إزالة هذه النعمة عنه والإقدام على هذه الكبيرة عن عمد وقصد فإذا ما حدث ذلك وأقدم على قتله عمداً فجزاؤه أن يقتل مثله .

أما إذا وقع القتل خطأ ووجبت الدية فى مال الجانى أصابه ضرر بليغ من غير ذنب تعمده فحينئذ تجب الدية على العاقلة ، ولا يترك دم القتيل يضيع هدراً وبدون تعويض لأن فى ذلك إضرار بمن كان يعولهم ويقوم بأودهم من أولاده وأسرته ، كذلك فى الدية تسكين لثائرة النفوس وشراء لخواطر المفجوعين وتعويض لهم عن بعض ما فقدوه من نفع المقتول .

وقد اقتضت حكمة الشريعة الإسلامية إيجاب الدية فى القتل الخطأ على من عليهم نصرة الجانى والدفاع عنه وحمايته بحسب العرف والعادة الجارية بين الناس إعانة له ودفعاً للضرر عنه الذى ينزل به لو تحمل الدية كلها .

ثالثا : ورود الاستثناء على القواعد الفقهية

بعد أن نبين كيفية تقعيد القاعدة الفقهية نبين كيف يرد عليها الاستثناء فنقول : يذكر الفقهاء : أن فى الشريعة الإسلامية قواعد عامة وعللا فقهية قد طرأ عليها الاستثناء فى مواضع مخالفة لهذه القواعد أو مواضع لا تعلل ، وهذا فى مستثنى الشارع والمستثنى لا يقاس عليه .

ويقول إمام الحرمين فى مثال الدية المذكورة :

« إن تحمل العاقلة الدية خارج عن القاعدة التى هى اختصاص كل متلف أو متعد أو ملتزم بالضمان . . . وهى فى مستثنى الشارع والمستثنى لا يقاس عليه ، وكأنه منقطع عن كثر الشريعة ولا يعتبر شىء منه ولا يعترض به على شىء فهذا سبيل إجرائها »(١).

فالاستثناء من القواعد العامة هو لتحقيق مصلحة او دفع مفسدة لأن الله تعالى شرع لعباده ما يحقق مصالحهم العاجلة والآجلة وجاءت أحكام الشريعة تجمع كل مجموعة منها قاعدة عامة معللة بعلة واحدة ، ثم استثنى منها ما فى الأخذ به وملابسته مشقة وحرج أو مفسدة تربو على تلك المصالح . وكذلك شرع الله تعالى لعباده ما به درء المفاسد فى الدنيا والآخرة أو فى أحدهما وتجمع كل قاعدة منها علة واحدة استثنى منها ما فى اجتنابه مشقة شديدة أو مصلحة تربو على تلك المفاسد — رحمة من الله تعالى لعباده .

ويصرح العز بن عبد السلام : بأن ترك القياس من المستثنيات من القواعد العامة تحصيلا للمصالح وما استثنى من قاعدة عامة لتحقيق مصلحة

---

(١) البرهان لإمام الحرمين ص ٢٨٧

أو دفع مفسدة فى كل ما جاءت به الشريعة يعبر عنه بما خالف القياس(١) .

« وإذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها والتمكن من سقيها بمائها لأن هذين مشروطان بالعرف فصارا كالو شرطاها بلفظه . . فإن قيل لو باع ماشية وشرط سقيها أو علفها على البائع أو شرط إبقاءها فى ملك البائع مدة ، فإن ذلك لا يصح فلم صح هذا الاشتراط هنا ، قلنا : لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه ، فكان من المستثنيات من القواعد تحصيلا لمصالح هذا العقد » ه .

ويتحدث عن هذا المثال فى موضع آخر فيقول :

« فإن قيل فلم جاز بيعه بعد بدو صلاحه مع أنه يمتد بما يمتصه من ملك البائع إلى أوان جذاذه ؟ قلنا هذا نزر يسير بالنسبة إلى ما قبل بدو الصلاح مع مسيس الحاجة إلى أكله وبيعه بعديد وصلاحه ، ولو لم يجز ذلك لتعذر على الناس أكل الثمار الرطبة ، وذلك ضرر عظيم لم ترد الشريعة بمثله » اه .

ويقول الحموى فى شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم « فى قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع » و « المراد بالإتساع الترخيص عن الأقيسه وطرد القواعد والمراد بالضيق المشقة »(٢) .

ويقول الزيلعى فى « تبيين الحقائق » :

« والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك »(٣) .

---

(١) يراجع قواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٦ ، ١٦٢ ، ١٧٨

(٢) ج ١ ص ١١٧

(٣) ج ٥ ص ١٨٤

ويفهم من هذا الذى ذكر أن ترك القواعد العامة بالعرف على سبيل الاستثناء قال به جمهور الفقهاء ويذكر الإمام الشاطبي فى الإعتصام نقلا عن ابن العربى : « إن العموم والقياس يخصصان بأى دليل كان كما أنه يؤثر ترك الدليل على طريق الاستثناء والترخص ومن ذلك ترك الدليل — أى تخصيصه على طريق الاستثناء — بالعرف والمصلحة والتيسير ورفع الحرج(١).

« والعرف الذى يقضى على القياس هو العرف المستوفى لشروطه المتقدمة » . وقد ذكر العز بن عبد السلام فى قواعده بعض الأمثلة لما خرج عن القياس فى المعاوضات وغيرها من التصرفات بلغت خمسة وثلاثين مثالا منها ما ذكر وهو يكفى للدلالة على المطلوب .

رابعا : أثر العرف فى قواعد الفقه إجمالا

بعد هذا الذى تقدم أقول :

قد كان للعرف أثر كبير فى قواعد الفقه سواء فى ذلك العرف العملى أو القولى ولذا لم يخل كتاب من كتب القواعد من قاعدة أساسية فى العرف أو قاعدة من القواعد المفرعة على قاعدة أساسية وذلك مثل قاعدة « العادة محكمة » فهى قاعدة أساسية وهى قاعدة العرف . . وقد ذكرها الفقهاء سواء فى ذلك من سار فى ذكر القواعد على تفصيل وتطويل كما درج عليه القرافى وغيره فقد ذكر أكثر من قاعدة تتعلق بالعرف وتحكيمه فى الوقائع والتصرفات — أو من سار فى ذكر القواعد على

---

(١) الإعتصام جـ ٢ ص ٣٢٤

التوسط أو من ذهب إلى الإجمال مثل القاضى حسين فقد ذكر أن قواعد الفقه خمسة ومنها « العادة محكمة »(١) .

واعتبار العرف فى التشريع وبناء الأحكام عليه جعل له مدخلا فى كثير من الفروع والمسائل المخرجة على هذه القواعد والمفرعة عليها ، وذلك فى المسائل الاجتهادية المعللة بالحاجة والضرورة واختلاف الأحوال والأزمان . . كما سلف فى العرف الثابت والمتبدل وفى معنى اعتبار العرف فى التشريع(٢) .

ولما نظر الفقهاء إلى هذا المعنى ورأوا أثر العرف فى بناء الأحكام لم يغفلوه وهم يقعدون القواعد أو يخرجون الفروع وجعلوا له شروطاً وضوابط — كما تقدم — وذلك لأن الشريعة الإسلامية بمقاصدها العامة مبنية على جلب المصالح ودفع المفاسد ، فالاجتهاد فى المسائل الفقهية المحمولة على العرف والعادة لابد أن يراعى فيه هذا المعنى لأن ما يحقق المصالح المعتبرة شرعاً يجب أن يتفق ومقاصد الشريعة . .

وإدراك المجتهد لما هو مصلحة فيما تعارف عليه الناس ليس على إطلاقه بل هو مقيد بالسير فى إطار عبر عنه الإمام الشاطبي رضى الله عنه فى المسألة الثالثة من كتاب الاجتهاد فى الموافقات حيث قال :

« إن الاجتهاد مبنى على فهم مقاصد الشريعة ومقاصد الشريعة مبنية على اعتبار المصالح ، والمصالح معتبرة من حيث وضع الشريعة لا من حيث مطلق إدراك المكلف » اهـ .

---

(١) القاضى حسين بن محمد بن أحمد أبو على المروزى شيخ الشافعية فى زمانه المتوفى سنة ٤٦٢ هـ .

(٢) يراجع ما تقدم ص ٦٦ ، ١٠٣ « والعرف والمصلحة » .

وقد وضع الفقهاء للمسائل والفروع الفقهية المبنية على العرف قواعد يرد إليها وأصبحت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية المبنية على اعتبار العرف ، وفيها من المرونة ما يجعلها صالحة لمواجهة كل ما يجد من وقائع وأحداث تحتاج إلى حكم شرعى لأنه قلما يوجد وقت لا تقع فيه مثل هذه الوقائع وقلما توجد واقعة لا تحتاج إلى حكم شرعى . وقد انتشرت الأحكام المبنية على العرف فى كثير من أبواب الفقه ، حتى الجرائم والعقوبات — كما سلف — والمقصود من ذلك كله هو تحقيق المصلحة ودفع المفسدة ، ولذا قال العز بن عبد السلام — رضى الله عنه — يرجع الفقه كله إلى قاعدة واحدة هى جلب المصلحة ودرء المفسدة[1] .

ويقول التاج السبكى فى قواعده بعد أن ذكر كلام العز بن عبد السلام فى ذلك « بل رجع الفقه كله إليها ولو ضايقه مضايق لقال له : أرجع الكل إلى اعتبار المصالح فقط فإن درء المفاسد من جملتها »[2] اهـ .

وفى الحقيقة من نظر فى قواعد الفقه سواء منها المجملة أو المطولة أو التى توسط فيها ، يجد أن جميع الفقهاء يهدفون من ذلك إلى جلب المصلحة ومنع المفسدة لأن ذلك هو غاية الشارع من التشريع ، واعتبار العرف يرجع إلى المصلحة التى ترجع إلى كليات الشريعة .

---

(١) قواعد الأحكام جـ ١ ص ٣ — ١١

(٢) مقدمة قواعد السبكى « مخطوط » ويراجع المواهب السنية شرح نظم القواعد الفقهية مع حاشية الفوائد الجنية جـ ١ ص ٨٤

خامسا : قاعدة العرف « العادة محكمة »

وبعد هذه الإشارة إلى أثر العرف فى قواعد الفقه أذكر قاعدة العرف « العادة محكمة » وما تفرع عليها من قواعد ، وتفصيل ذلك كما يلى :

قاعدة « العادة محكمة » :

فقد ذكر القاضى حسين أنها إحدى القواعد الخمس التى يرجع إليها الفقه . وقد ذكرها السيوطى وابن نجيم فى القواعد الأساسية الكبرى — كما ذكرها صاحب مجامع الحقائق والمجلة فى المادة « ٣٦ » وغير هؤلاء ممن كتبوا فى القواعد لم يغفلوا الحديث عنها .

والمراد بالعادة هنا العرف بنوعيه اللفظى والعملى عاماً كان أو خاصاً فهى محكمة فى اللفظ تخصصه إن كان عاماً وتقيده إن كان مطلقاً وتبينه إذا كان مجملا ، وتبين مراد الناس من ألفاظهم التى تتعلق بالتصرفات التى يقوم بها الإنسان . إذا غلب استعمال اللفظ فى المعنى العرفى حتى صار هو المتبادر إلى الذهن . وكذلك إذا غلب على الناس نوع من المعاملات تعورف عليه فيما بينهم فيحكم فى التصرفات التى تتصل بهذا النوع أو غيره من الأعراف العملية .

وصياغة الفقهاء لهذه القاعدة « العادة محكمة » هذه الصياغة المحكمة لتعبر عن مكانة العرف فى التشريع الإسلامى فهو مستند عظيم الشأن لكثير من الأحكام العملية ظاهر فى شتى أقسام الفقه وأبوابه وله سلطان واسع المدى فى بناء الأحكام وتجديد بنائها لتجدد العرف وتطوره إذ تدور به وعليه عجلة المعاملات بين الناس وفى اعتباره - كما سلف — تسهيل كبير يغنى عن كثير من النصوص التفصيلية فى الأحكام التشريعية اعتماداً على

ما هو معروف ومألوف فى شتى الوقائع لأن نصوص التشريع والتقنين مهما كانت لا يمكن أن تستوعب جميع التفاصيل والاحتمالات كما أن كثيراً من الأحكام الآمرة نفسها مبنى على العرف .

والمسائل الفقهية التى ترجع إلى العرف كثيرة جداً ولذا كان لا بد من ضبطها بالقواعد ضبطاً يجعل تخريجها مطرداً دون تناقض أو اختلاف وقد قال السيوطى — رحمه الله تعالى . . بعد الاستدلال على قاعدة « العادة محكمة » .

« اعلم أن اعتبار العادة والعرف راجع إليه فى الفقه مسائل لا تعد كثرة » .

وقال ابن نجيم — رحمه الله تعالى - فى أشباهه :

« واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه فى الفقه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا » اهـ .

وفى معنى هذه القاعدة جاء قول الفقهاء « استعمال الناس حجة يجب العمل به » وقولهم « إطباق الناس على العمل من غير تكبر حجه » فيجب العمل به .

وذلك لأن استعمالهم للشىء يوجب تحكيمه فى تصرفاتهم ويكون هو الحجة عليهم ما لم يخالف أصول الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة فإذا ما خالفها فلا اعتبار له ولا يجب العمل به ولو أجمع عليه الناس جميعاً لأن الحجة فى الشريعة لأنها حاكمة لا محكومة(١) .

---

(١) يراجع فى ذلك الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٩ وابن نجيم ص ٤٦ والمنافع شرح الجامع ص ٣٠٨ وفتح البارى جـ ٤ ص ٣٢١ وجمع الجوامع جـ ٢ ص ٢١٨ وشرح أصول البزودى جـ ٢ ص ٩٥ ، والمدخل الفقهى العام للزرقا جـ ١ ص ٨٤٣ =

القواعد المتفرعة على قاعدة « العادة محكمة »

لقد تفرع على قاعدة « العادة محكمة » عدة قواعد تعبر عن أقسام العرف وشروطه .

ويمكن تقسيمها حسبما تعبر عنه – كما سلف – فى أقسام العرف وشروطه كالآتى :

١ – القواعد التى تعبر عن أقسام العرف :

(ا) ما يعبر عن العرف القولى وأثره فى بناء الأحكام . حيث أن كل متكلم إنما يحمل لفظه على عرفه وإن كان مخالفاً المعنى اللغوى ، ويلحق به ما يقوم مقام اللفظ من الكتابة والإشارة والدلالة — أو الفعل .

القاعدة الأولى « الحقيقة تترك بدلالة العادة »(١) .

« الثانية « الكتاب كالخطاب »(٢) .

« الثالثة « الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان » .

= ويراجع مجلة الأحكام العدلية وشرحها لعلى حيدر ومرآة المجلة ليوسف أضاف المادة ٣٦ ، ٣٧ ويراجع ما تقدم فى معنى اعتبار العرف ص ١٠٣ والعرف ومصادر التشريع .

(١) شرح أصول البزدوى ج ٢ ص ٩٥ والمادة (٤٠) من المجلة ، وأشباه ابن نجيم ص ٤٦

(٢) المادة (٦٩) من المجلة .

هذه القواعد الثلاث تضع أسس اعتبار العرف اللفظى ومدى اعتباره فى بناء الأحكام عليه . وقد جاء فى أشباه ابن نجيم قوله :

« إن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه فى الفقه فى مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا فقالوا فى باب ما تترك به الحقيقة : « تترك بدلالة الاستعمال والعادة » كذا ذكر فخر الإسلام البزدوى كما ذكره غيره من الفقهاء .

وقال ابن عابدين يحمل كلام الحالف والناذر والموصى والواقف والعاقد على لغته وعرفه وإن خالفا لغة العرب وعرف الشارع » .

وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أحكاماً كثيرة بنوها على العرف اللفظى وجاءت عباراتهم تفيد اعتباره بشروطه السابقة ومضبوطاً بهذه القواعد . . كما سلف(١) .

وفى التعبير عما يقوم مقام اللفظ عرفاً كالكتابة والإشـــارة جاءت قاعدة « الكتاب كالخطاب » وقاعدة « الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان » .

وقد قال الفقهاء فى العقود وبخاصة فى عقد البيع « أنه ينعقد بمـا يدل على الرضى عرفاً » . وقد جعل الفقهاء الكتابة والإشارة شروطاً لانعقاد العقد بهما ومتى يدلان على الإيجاب والقبول(٢) .

---

(١) يراجع ما تقدم فى « العرف بين الحقيقة والمجاز والعرف القولى ص ٧٧ وشروط اعتبار العرف ص ١٢٩

(٢) يراجع الكتابة والإشارة فيما تقدم ص ٢٢ — ٣٣١

(ب) القواعد التى تعبر عن العرف العملى وأثره واعتباره .

١ — المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً(١) .

٢ — التعيين بالعرف كالتعيين بالنص(٢) .

٣ — المعروف بين التجار كالمشروط بينهم(٣) .

ويمكن أن يقال فى هذه القاعدة الأخيرة :

« المعروف بين أهل كل طائفة كالمشروط بينهم » .

لقد تقدم فى العرف العملى أن العرف فى باب الأفعال . والمعاملات المدنية له اعتبار وسلطان فيحكم فى تصرفات الإنسان العملية ويقيد المطلق ويخصص العام من لفظه ويحدد الالتزامات التى يلتزم بها الإنسان كما أنه ينزل منزلة النطق باللسان والتصريح بما يدل عليه فهو يقوم مقام اللفظ فى مواقع كثيرة . وهو كالمشروط فى العقد إلا إذا اتفق المتعاقدان على خلافه .

وكذلك ما عينه العرف فهو كالمنصوص عليه فى العقد كما فى قاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص ، أو « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » كما ذكر السرخسى .

وقد ذكر بعض الكاتبين فى معنى عبارة السرخسى هذه « أن العرف دليل يثبت به الحكم كالنص الشرعى سواء حيث لا نص » .

---

(١) النافع ص ٣٣٦ وأشباه ابن نجيم ص ٤٧ ومقدمة توفيق للمواد النظامية المادة ١٨٣

(٢) النافع ص ٣٣٦ وأشباه ابن نجيم ص ٤٨ ومقدمة توفيق للمواد النظامية المادة ٨٤ ، والمادة ٤٥ من المجلة .

(٣) النافع والمجلة مادة ٤٤

ولكن ابن عابدين — رحمه الله تعالى يذكر فى رسالته « عقود رسم المفتى » ما يفيد أن معناها أن الثابت بالعرف كأنه منصوص فى العقد، وذلك كالانتفاع بالأعيان المؤجرة والمستعارة التى لم يبين فى العقد كيفية الانتفاع بها فإن ذلك يتعين بالعرف(١).

والعرف ينقسم إلى عام وخاص. كما سلف.

وجاءت قاعدة « المعروف بين التجار كالمشروط بينهم » أو « المعروف بين أهل كل حرفة كالمشروط بينهم » تفيد اعتبار العرف الخاص، كعرف التجار بينهم، وأرباب الحرف والصناعات، وكذلك العرف الخاص ببلد معين أو طائفة معينة، فإنه معتبر فى تصرفات أهله الذين تعارفوه وينزل بينهم منزلة العرف العام كالملزمون به دون غيرهم ممن لم يتعارفوا عليه، لأنه كما سلف لا يحمل أحد على عرف غيره لأنه غير ملزم له(٢).

٣ — القواعد التى تعبر عن شروط اعتبار العرف

القواعد التى تعبر عن شروط اعتبار العرف هى:

(ا) « إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت ».

(ب) « العبرة للغالب الشائع لا للنادر ».

(ج) « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ».

---

(١) يراجع العرف العملى ص ٨١

(٢) يراجع شروط العرف ص ١٨٩ ومعنى اعتبار العرف فى التشريع ص ١٤٨

هذه القواعد تعبر عن شروط الاطراد والغلبة وعدم مخالفة العرف لما اتفق عليه العاقدان ، كما ذكر فى شروط اعتبار العرف فى التشريع والمراد من الاطراد استمرار العمل به ومن الغلبة أن يكون العرف جارياً بين الذين تعارفوه فى أكثر أحوالهم ، وكذلك إذا اتفق العاقدان على غير ما يدل عليه العرف فلا اعتبار للعرف حينئذ لأنه غير ملزم إلا إذا اتفق عليه فإنه يكون ملزماً ولهذا جاء قولهم « المعروف كالمشروط » . وما يعبر عن شرط عدم معارضته للنص الشرعى جاء قولهم « لا اعتبار للعرف مع النص » كما تقدم فى شروط اعتبار العرف .

٤ — القاعدة التى تعبر عن تغير الأحكام تبعاً لتغير العرف والعادة وتغير الأزمان والأحوال وهى «لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان» .

وهذه قاعدة معروفة مقررة فى الفقه الإسلامى ، وقد قال القرافى — كما سلف — فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط فأسقطه ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك .

وقد نظر الفقهاء إلى الأحكام المبنية على العرف وقالوا : إذا تغير العرف تغير الحكم المبنى عليه لتغير مناطه ، لأن المبدأ الشرعى الذى يحكم ذلك كله هو تحقيق المصلحة وإحقاق الحق ، وهذا المبدأ لا يختلف مهما تطاول الزمن واختلفت الأحوال والبيئات وإنما الذى يتبدل هو الوسيلة التى تحقق ذلك والأسلوب الموصل إلى مقصد الشريعة من التشريع وتلك الوسائل والأساليب لم تحددها الشريعة فى غالب أحكامها لكى يختار منها أهل كل زمان ومكان ما هو أصلح وأوفق بالنسبة لهم .

أما الأحكام الأساسية التى جاءت الشريعة لتأسيسها ، وتوطيدها بنصوص آمرة أو ناهية كوجوب التراضى فى العقود والتزام الإنسان

بما تعاقد عليه وضمان الضرر الذي يتسبب في إلحاقه بغيره وسريان إقراره على نفسه دون غيره وحرمة الربا والخمر ووجوب منع الأذى والإجرام وحماية الحقوق ومسئولية كل مكلف عن عمله وتقصيره إلى غير ذلك من الأحكام والمبادىء الأساسية فإنها لا تتبدل ولا تتغير بتغير الأزمان ، كما سلف في العرف الثابت والمتبدل .

سادسا — القواعد التي يمكن أن يرد العرف إليها

وهذه القواعد ليست أساسية في اعتبار العرف وإن كان بعضها من القواعد الأساسية الكبرى التي ذكرها الفقهاء ، ولكن العرف يرجع إليها باعتبار ماتدل عليه ومايتبعها من قواعد فرعية تتصل بالبحث وللعرف رجوع إليها بوجه قوى وهي كالآتي :

(ا) قاعدة « الأمور بمقاصدها ، وما في معناها مما يتعلق بالعرف » :

ومعنى هذه القاعدة أن أعمال الشخص وتصرفاته القولية والعملية تختلف نتائجها وأحكامها الشرعية المترتبة عليها باختلاف مقصود الشخص من تلك الأعمال وما يتبعها من آثار وأصل هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرىء ما نوى » ، وغيره من الأحاديث التي تفيد أن نية الشخص وقصده أساس في صحة العمل واعتباره وقبوله ، ولذا ارتبطت الأعمال بمقاصدها ، ولاسيما العبادات لأنها حق الله تعالى والعمل فيها لله وحده وأثرها في استحقاق الإنسان الثواب أو العقاب .

أما في المعاملات التي تقع بين الناس بعضهم وبعض فإن القصد القلبي لا يمكن الاطلاع عليه للأفراد الذين ترتبط حقوقهم بها إلا بما يدل عليه ،

وهو الإرادة الظاهرة والتعبير عن هذه الإرادة بالقول أو الفعل الدال عليها عرفاً ، كما فى صيغة البيع الدالة على الرضا والبيع بالمعاطاة ، كما سلف .

ولم ينظر الفقهاء إلى الألفاظ الموضوعة لغة لكل عقد من العقود ، بل قالوا : كل ما دل على مقصود العاقدين ورضاهما انعقد به العقد ، ولذا قالوا ، فى معنى قاعدة الأمور بمقاصدها .

« العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى » : وهى التى تتعلق بالبحث وذكرت المجلة « دليل الشىء فى الأمور الباطنة يقوم مقامه » وفى هذا وجهان فى مذهب الشافعية ، وذكر النووى أن هذا الخلاف مبنى على قاعدة وهى « الاعتبار فى العقود بظواهرها أم بمعانيها »(١) .

« الوجه الأول » الاعتبار بظواهرها لأن الصيغ موضوعة لإفادة المعانى وتفهيم المراد منها عند إطلاقها فلا تترك ظواهرها . . لأن اعتبار المعنى يؤدى إلى ترك اللفظ ، ولأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له فى اللغة فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له فكذا ألفاظ العقود ، ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد ، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى .

« الوجه الثانى » أن الاعتبار بمعانيها . . وإذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله ولهذا لو باعه بعشرة دراهم وفى البلد نقود أحدها غالب حملناه على الغالب طلباً للصحة .

---

(١) المجموع للنووى جـ ٩ ص ١٧٢

وهذا الوجه الأخير هو الذى عليه جمهور الفقهاء وهو فى معنى القاعدة المذكورة .

ويقول ابن تيمية فى قواعده(١) :

« إن العقود تنعقد بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل وبكل ما عده الناس بيعاً أو إجارة ، فإن اختلف اصطلاح الناس فى الألفاظ والأفعال انعقد عند كل قوم بما يفهمونه بينهم من الصيغ والأفعال ، وليس لذلك حد مستقر لا فى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع بتنوع اصطلاح الناس كما تنوعت لغاتهم .. ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الاصطلاحات فى المعاملات ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم ، وهذا هو الغالب على أصول مالك وظاهر مذهب أحمد ، ولهذا يصحح فى ظاهر مذهب بيع المعاطاة » اهـ .

(ب) قاعدة اليقين لا يزول بالشك :

لقد تقدم أن قواعد الفقه أغلبية . . « لأن اليقين زال بالشك عند مالك فى الوضوء » .

ومعنى هذه القاعدة :

أنه إذا كان هناك أمر من الأمور ثبت ثبوتاً يقينياً وأصبح مقطوعاً به ثم طرأ الشك على تغيره بعد ذلك لا يعمل بالشك الطارىء ويبقى الأمر المتيقن هو المعتبر إلى أن يتحقق السبب المزيل . وهذه القاعدة يؤيدها العقل كما تؤيدها السنة الصحيحة ، فقد ورد فيها : أن المتوضىء إذا شك

(١) القواعد النورانية الفقهية ص ١٠٥

فى انتقاض وضوءه فلا يعتبر ذلك الشك ما لم يتيقن أنه حدث السبب الناقض للوضوء .

وأجروها فى جميع الأمور التى يتعلق بها حكم الشرع فى جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات وعقوبات وأقضية وسائر الحقوق والالتزامات .

ومما تفرع على هذه القاعدة مما يتعلق باعتبار العرف وشروطه ثلاثة قواعد :

أولا — لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح .

وقد مر فى شروط اعتبار العرف فى التشريع : أن من شرطه أن لا يقابله تصريح بخلافه أو نص لأحد المتعاقدين ، ويثبت الأمر المتعارف باعتبار أن التعامل دال عليه فإذا صرح المتعاقدان بخلافه فلا عبرة لدلالة العرف حينئذ فى مقابلة التصريح الذى أصبح متيقناً فى الدلالة على المقصود

« وكل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح » اه .

وقال عز الدين بن عبد السلام فى قواعده :

وعلى ذلك تتقيد جميع العقود بما يتفق عليه المتعاقدان إذا وافق المقصود من العقد شرعاً ولا عبرة للدلالة العرفية لأن العقد شريعة المتعاقدين . فأصبح ما اشتمل عليه العقد يدل يقيناً على المقصود . . ولا فرق فى ذلك بين التصريح بالقول أو الكتابة .

ثانياً — قاعدة « لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان » .

ومعنى هذه القاعدة :

أن الساكت لا يعتبر متكلماً لأن عدم القول هو المتيقن ودلالة السكوت مشكوك فيه ما لم تدعمها قرائن مرجحة .

قال السيوطى فى الأشباه : « لا ينسب إلى ساكت قول » هذه عبارة الشافعى — رضى الله عنه — ومثل لذلك بأمثلة منها :

« البكر سكوتها فى النكاح إذن للأب والجد قطعاً ولسائر العصبة والحاكم فى الأصح » اهـ .

وذلك لأن السكوت فى هذه الحالة التى تستدعى البيان بيان وقد اعتبر العرف سكوت البكر فى النكاح إذناً أو إجازة بدلالة الحال ، حيث لم يظهر منها ما يدل على الرفض كصراخ أو بكاء ، وقد جاء فى الحديث الشريف : « البكر تستأذن وإذنها صماتها » .

أى إذا استأذنها وليها فى النكاح فصمتت وسكتت لم تتكلم يعتبر سكوتها توكيلا بدلالة العرف إذ يغلب على الفتيات الأبكار الخجل والحياء فلا يبدين رغبتهن فيلجأن إلى السكوت بينما لا يسكتن ولا يخجلن من إظهار الرفض .

وقد قاس الفقهاء على ذلك ما إذا زوجها وليها فضولا من غير إذنها ، ثم بلغها الخبر فسكتت اعتبر سكوتها بعد العقد دلالة على الرضى كما اعتبر سكوتها عند استئذانها إذناً منها .

وقد اعتبر النص الشرعى فى هذا الموضع عقد الوكالة فى النكاح بالسكوت بناء على العرف كما تبين ، وإن كان أصل القاعدة ألا ينسب إلى ساكت قول لأن السكوت يدل على عدم الرضا إلا فى مثل هذه الحالة التى أصبح السكوت فيها بياناً ودالا على المراد عرفاً .

ومن الأمثلة على ذلك من رأى غيره يتصرف فى ماله أو بعضه بالبيع والشراء ثم سكت من غير عذر أو مانع يمنعه من القول أو الدعوى بأن هذا ملكه أو ماله ، فإن هذا يعتبر إذناً عرفياً له بالتصرف .

وفى الشفعة إذا باع الجار أو الشريك عقاره أو حصته وكان المستحق للشفعة موجوداً وحاضراً وسكت بلا عذر يمنعه من المطالبة بحقه فى الشفعة ومضت مدة تدل على رضاه بالبيع عرفاً فليس له الرجوع بعد ذلك والمطالبة بحقه فى الشفعة لأن سكوته فى هذه المدة يعتبر نزولا منه عن حقه(١) .

ثالثاً — الأصل فى الكلام الحقيقة :

هذه القاعدة من القواعد المفرعة على قاعدة اليقين لا يزول بالشك ، وذلك لأن المعنى الحقيقى للفظ هو المتيقن إلا إذا أخرجه العرف والاستعمال عن معناه الحقيقى .

وقد جاء فى ذلك قاعدة أخرى ذكرها الفقهاء وهى : « إعمال الكلام أولى من إهماله » وهى بلا ريب تشمل الحقيقة والمجاز إذ أن كل منهما إعمال . . وقد ذكر ذلك مفصلا فى « العرف بين الحقيقة والمجاز »(٢) .

ومما ذكره الفقهاء ويتعلق بهذا الموقع قولهم : « الممتنع عادة كالممتنع حقيقة » .

فالممتنع حقيقة هو الذى لا يمكن وقوعه . ولهذا لا يقبل الادعاء به بل يرد كمن ادعى على مساويه سناً أنه ابنه أو أبوه ، فكما لا يقبل هذا الادعاء لامتناعه حقيقة ، لا يقبل الممتنع فى العادة والعرف وقوعه ، وذلك كمن ادعى وهو معروف بالفقر على آخر أموالا جسيمة لا يعرف أنه أصاب

---

(١) يراجع الأشباه للسيوطى ص ١٤٢ ، والمادة (٦٧) من المجلة وباب النكاح والشفعة فى كتب الفقه ، والمدخل الفقهى العام للزرقا ج ١ ص ٩٥٩

(٢) يراجع ما تقدم ص ٧٥ وما بعدها .

مثلها بإرث أو غيره لاتقبل دعواه ما لم يثبت مصدر هذا المال الذى ادعاه ، وذلك لأن العرف يكذب هذه الدعوى . وسيأتى تفصيل ذلك(١) .

(ج) قاعدة المشقة تجلب التيسير :

هذه القاعدة من القواعد الخمس الكبرى التى تعتبر من أسس الشريعة الإسلامية عند جميع المذاهب لأن أحكام الشريعة الإسلامية مبنية على اليسر ورفع الحرج الناشىء عن المشقة والعسر والحرج ممنوع بنصوص الشريعة .

وقد استدل الفقهاء على هذه القاعدة بقوله تعالى : « يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر »(٢) وقوله تعالى : « وما جعل عليكم فى الدين من حرج »(٣) وقوله تعالى : « ويضع عنهم إصرهم والأغلال التى كانت عليهم »(٤) .

وما رواه الإمام أحمد فى مسنده من حديث جابر بن عبد الله ، ومن حديث أبى إمامة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : بعثت بالحنيفية السمحة . ورواه الديلمى .

وكذلك ما أخرجه الإمام أحمد فى مسنده ، والطبرانى والبزار وغيرهما عن ابن عباس قال : قيل : يا رسول الله : أى الأديان أحب إلى الله ؟ قال : الحنيفية السمحة .

(١) ويراجع فى ذلك أشباه السيوطى ص ٦٢ ، ١٢٨ وابن نجيم ص ٣٥ ، ٦٠ والمواد (١٦ ، ٣٨ ، ٦٠ ، ٦١) من المجلة . والعرف فى الفتوى والقضاء فيما يأتى .

(٢) سورة البقرة ١٨٥

(٣) سورة الحج ٧٨

(٤) سورة الأعراف ١٥٧

وقوله — صلى الله عليه وسلم — عندما أرسل معاذا وأبا موسى الأشعرى إلى اليمن « يسرا ولا تعسرا » (١) وقوله — صلى الله عليه وسلم — « إنما بعثتم ميسرين ولم تبعثوا معسرين (٢) » ، وقوله ﷺ إن الدين يسر » وقوله صلى الله عليه وسلم « إن الله أراد بهذه الأمة اليسر ولم يرد بهم العسر » .

وغير ذلك كثير من النصوص التى تبين سماحة الإسلام ويسر وتقررهما. قال المناوى : « بعثت بالحنيفية السمحة » أى الشريعة المائلة عن كل دين باطل . قال ابن القيم « والملة السمحة هى التى لا حرج فيها ولا تضييق على الناس وهى ملة الإسلام وجمع صلى الله عليه وسلم بين كونها حنيفية وكونها سمحة فهى حنيفية فى التوحيد سهلة فى العمل وضد الأمرين الشرك وتحريم الحلال » (٣) اهـ .

والمراد بالمشقة المنفية بالنصوص والداعية إلى التخفيف والترخص إنما هى المشقة غير المعتادة والمجاوزة للحدود العادية .

أما المشقة العادية التى تستلزمها التكاليف وأداء الواجبات والقيام بما تقتضيه أمور الحياة ومصالح الناس منها لكى يعيشوا عيشة طيبة فلابد منها فى كل أمور الحياة ، ولا تنفك عنها التكاليف الشرعية من أمر ونهى، لأن واجب لا يخلو من مشقة تلحق الإنسان ، وهو يقوم بأدائه كمشقات العمل واكتساب الرزق والصلاة والصيام ، وبذل النفقات الواجبة والجهاد للدفاع عن الدين والأمة فكل هذه التكاليف وغيرها لابد من

---

(١) رواه البخارى ومسلم والإمام أحمد فى مسنده والنسائى فى السنن .

(٢) رواه البخارى ومسلم والترمذى .

(٣) فتح القدير شرح الجامع الصغير للمناوى ج ٣ ص ٢٠٣

مشقة تستلزمها طبيعة العمل المكلف به الإنسان وتختلف بحسب درجته وطبيعته ، وهذا لا ينافى التكاليف ولا يوجب التخفيف لأن التخفيف حينئذ إهمال لها وتفريط يلحق بها .

أما المشقات الخارجة عن العادة وطبيعة العمل والإنسان فهذه لمجاوزتها الحد تجلب التيسير والتخفيف ، ولذلك قال الفقهاء : إن قاعدة « المشقة تجلب التيسير » يتفرع عنها كثير من الأحكام الفقهية وما جاز من الرخص والتخفيفات فى أحكام الشريعة مبنى على هذه القاعدة وذكروا أن أسباب التخفيف سبعة (السفر والمرض والإكراه والجهل والعسر وعموم البلوى والنقص) .

واعتبار العرف فى كثير من المواطن بناء على هذه القاعدة ، لأن فى عدم اعتباره حرجاً عظيما يلحق بالناس ، ولا سيما إذا اقتضته الحاجة ودعت إليه الضرورة .

واعتبار المشقة والحرج فى موضع لا نص فيه ، وأما مع النص فلا ، ولذا لما قال الإمام أبو يوسف — رحمه الله تعالى — بجواز رعى حشيش الحرم ، مخالفاً بذلك رأى الإمام أبى حنيفة ومحمد — رحمهما الله تعالى — ردوا على أبى يوسف : « بأن المشقة والحرج تعتبران فيما لا نص فيه » .

وقد أفتى محمد بن الفضل من فقهاء الحنفية ، بأن ما دون السرة إلى موضع نبات الشعر ليس من العورة لتعامل الناس فى الإبداء عن ذلك الموضع عند الاتزار وفى النزع عن العادة الظاهرة نوع حرج ، فقال السرخسى رداً عليه :

« وهذا بعيد لأن التعامل بخلاف النص لا يعتبر وإنما يعتبر فيما لا نص فيه » . فالتعليل برفع الحرج لأجل اعتبار العرف المخالف للنص لا اعتبار له

لأن النصوص الشرعية لا تترك مدلولاتها إذا كانت صريحة فيما تدل عليه وملزمة به .

وإذا كانت علة المشقة مؤثرة فى حكم التخفيف وجلب اليسر ذكر الفقهاء أن من أسباب التخفيف رفع الحرج وعموم البلوى وقالوا لذلك :

يجوز بيع الموصوف فى الذمة كالسلم على خلاف القياس دفعاً لحاجة المفاليس مع النهى عن بيع الغرر والاكتفاء برؤية ظاهر الصبرة وأنموذج المتماثل ، ومشروعية الخيار فى البيع ، وكل ذلك يرجع إلى حاجة الناس للتعامل وأنه لو لم يجز ذلك لوقع الناس فى حرج وعسر شديدين .

ويدخل فى ذلك مشروعية الرد بالعيب والإجارة والمساقاة والعارية والقراض والوديعة المشقة العظيمة التى تترتب على « أنه لا ينتفع كل أحد إلا بما يملك ولا يستوفى شيئاً إلا عن عليه حقه ولا يأخذه إلا بكماله » .

ولكن الشارع دفعاً المشقة والحرج وجلباً للتيسير سهل الأمر بإباحة الانتفاع بملك الغير بطريق الإجارة أو الإعارة أو القرض ، وغير ذلك مما رخص الشارع فيه لعموم البلوى والحاجة التى تستدعيها أمور الناس ليحيوا فى بساطة ويسر بلا عنت أو حرج يرهق المكلفين وقد قال تعالى « يريد الله أن يخفف عنكم وخلق الإنسان ضعيفا »[1].

(د) قاعدة « الضرر يزال » :

هذا والقول باعتبار العرف نظراً للحاجة والضرورة لما قد يترتب على عدم اعتباره من الضرر الذى يلحق الإنسان ، دخل ذلك تحت قاعدة (الضرر يزال) لأن الأصل فى المضار المنع لقوله صلى الله عليه وسلم (لا ضرر ولا ضرار) وهو أصل هذه القاعدة .

---

(١) سورة النساء ٢٨

وعلى هذا فإن ما يحقق المنفعة ويمنع الضرر ركن من أركان الشريعة وأساس من أسس التشريع الإسلامى تشهد له نصوص كثيرة فى الكتاب والسنة ، ويمكن العمل بهذا فى أكثر الأعراف الجارية بين الناس فى معاملاتهم وعاداتهم الاجتماعية والتقاليد السياسية التى تتطلبها حاجات العصر مما يحقق المصلحة ويدفع الضرر .

وقال الفقهاء : إن قاعدة الضرر يزال متحدة أو متداخلة على قاعدة « المشقة تجلب التيسير » . وقال السيوطى فى الأشباه والنظائر :

« اعلم أن هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه ، من ذلك الرد بالعيب ، وجميع أنواع الخيار من اختلاف الوصف المشروط والتعزير وإفلاس المشترى وغير ذلك والحجر بأنواعه والشفعة لأنها شرعت لدفع ضرر القسمة والقصاص والحدود والكفارات ، وضمان المتلف والقسمة ونصب الأئمة والقضاة ودفع السائل وقتال المشركين والبغاة وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعسار وغير ذلك » اهـ .

وهذه القاعدة يستعملها الفقهاء عند تقرير الأحكام الشرعية ومعنى « لا ضرر ولا ضرار » أنه ينفى الضرر نفياً باتاً فيجب منعه مطلقاً ، وهو يشمل الضرر العام والخاص كما يفيد دفع الضرر قبل وقوعه بطرق الوقاية الممكنة ، ورفعه بعد الوقوع بما يمكن من الوسائل والتدابير اللازمة والضرر لا يزال بالضرر ، أى أنه يزال لكن لا يضرر مثله .

ومن القواعد التى تتعلق بقاعدة (الضرر يزال) ، (الضرورات تبيح المحظورات بشرط عدم نقصانها) وقد قيدتها قاعدة (الضرورة تقدر بقدرها) .

هذا وإذا كانت المشقة تجلب التيسير واعتبر العرف نظراً للحاجة

والضرورة فقد قال الفقهاء الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة ، وهي القاعدة التي يأتي بعد ذلك الحديث عنها .

(هـ) قاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة :

والضرورة : هي مايترتب على وجودها خطر كما في الإكراه الملجيء ، وخشية الهلاك جوعا وقد قال تعالى في هذه الحالات التي تعتبر استثنائية : (إلا ما اضطررتم إليه) وغيرها من الآيات .

أما الحاجة : فهي أقل دائماً من الضرورة لأنه يترتب على عدم مراعاتها عسر ومشقة ومعنى كونها تنزل منزلة الضرورة أنه يقتصر على مقدارها فقط عامة كانت أو خاصة .

ومعنى كون الحاجة عامة أن يكون الاحتياج إليها عاماً لجميع الأمة ، وذلك مثل حاجة الناس إلى التعامل بالاستصناع في كثير من الحاجات واللوازم من ملابس وأثاث وغير ذلك ، فإن الحاجة إليه لا يخلو منها مجتمع من المجتمعات ، وقد درج الناس على التعامل بالاستصناع من قديم الزمان ، كما أن الاستصناع أصبحت له أهمية كبرى في التجارات الدولية ، كما تقدم .

ومعنى كون الحاجة خاصة أن يكون الاحتياج إليها لطائفة معينة كأهل بلد أو حرفة كالتجار وغيرهم فيما يستدعيه العمل من أمور لابد منها حتى يمكن القيام به .

وعلى ذلك فمعنى القاعدة المذكورة : أن الأحكام التشريعية الاستثنائية لا تقتصر على حالة الضرورة الملجئة بل إن حاجات الجماعة تستدعي دفع العسر والمشقة ، ولذا يكون لها بعض الاستثناء والترخص ، وقد وجد

كثير من الأحكام المستثناة من القواعد العامة للعرف والتعامل معللة بالحاجة والضرورة[1] .

ويتضح ذلك من الأمثلة الآتية :

أولا — تقدم فى الحديث عن الاستصناع والسلم والأجارة أنه ورد النهى عن بيع المعدوم ثم استثنى منه هذه الأمور حيث تعورف عليها لحاجة الناس إليها .

ثانياً — جوز الفقهاء بيع الثمر بعد بدو صلاحه وبيع الثمار التى تتلاحق فى الظهور متى بدأ صلاح بعضها وإن كان معظمها معدوما لم يبد بعد نظراً للحاجة إلى بيعه .

ثالثاً — جوز الفقهاء دخول الحمام من غير بيان تعيين المدة ومقدار الماء الذى يستعمل فى ذلك وفى الشرب من السقاء من غير بيان قدر المشروب للحاجة الداعية إلى ذلك .

رابعاً — ما ذكره الفقهاء فى جواز بيع الدراهم واستقراضها بالعدد مع اختلافها فى الوزن للضرورة ولحاجة الناس إلى التعامل .

خامساً — جوز فقهاء الحنفية بيع الوفاء ، وهو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً على أنه متى رد البائع الثمن استرد العقار ، وقالوا : إنه صحيح

---

(١) يراجع فى ذلك الأشباه للسيوطى ص ٧٦، وابن نجيم ص ٣٥ وحاشية الفوائد الجنيه على شرح ونظم القواعد الفقهية جـ ١ ص ٣٥ ، وقواعد الأحكام جـ ٢ ص ٨ — ١٧ والموافقات جـ ٢ ص ١١٩ وما بعدها والمبسوط للسرخسى جـ ١ ص ١٤٦ والمادة (١٧) من المجلة ، ورسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ٣٦ — ٣٨ ، والمدخل الفقهى العام للزرقا جـ ١ ص ٩٧٧

لحاجة الناس فراراً من الربا ، وقد حدث هذا البيع فى بخارى وبلخ فى القرن الخامس لأنهم اعتادوا الدين والإجارة فى الأشجار وهى لا تصح فباعوها وفاء . وقد جاء فى عبارات بعض الفقهاء ما يفيد عدم جوازه وهو الذى نقول به قال صاحب درر الحكام : قال الشيخ نجم الدين النسفى فى فتاواه فى بيع الوفاء :

« الذى تعارفه أهل زماننا احتيالا للربا وسموه بيع الوفاء هو فى الحقيقة رهن » .

ويقول ابن نجيم فى الأشباه نقلا عن الفتاوى البزازية فى التعقيب على بيع الوفاء :

« وما ضاق على الناس أمر إلا اتسع حكمه » وهو يشير بذلك إلى القاعدة الفقهية التى تقول : « إذا ضاق الأمر اتسع » .

وقال الحموى فى شرح الأشباه لابن نجيم « المراد بالاتساع الترخص عن الأقيسة وطرد القواعد والمراد بالضيق المشقة » .

وقال السيوطى : (إن قاعدة إذا ضاق الأمر اتسع) بمعنى قاعدة المشقة تجلب التيسير . وذلك إذا حصلت ضرورة عارضة للشخص أو الجماعة أو ظرف استثنائى أصبح معه الحكم الأصلى المشروع للحالات العادية فيه حرج ومشقة ومرهقاً لهم حتى يجعلهم فى ضيق من التطبيق فإنه يخفف عنهم ويوسع عليهم ما دامت الحاجة داعية إليه والضرورة قائمة فهذا هو معنى إذا ضاق الأمر اتسع . فإذا انفرجت الضرورة وزالت الحاجة عاد الحكم إلى أصله ولذا قال الفقهاء : (إذا اتسع الأمر ضاق) . وجاء فى المادة (٢٣) من المجلة (ما جاز لعذر بطل بزواله) وعلى ذلك فتحكيم العرف فى الوقائع إنما هو استجابة لداعى الحاجة والضرورة ـ كما سلف .

سادساً — جميع الأحكام التى ذكر الفقهاء أن مناطها العرف والعادة إنما تتبدل وتتغير تبعاً لتغير العرف الذى دعت إليه الحاجة .

وبعد ذلك فإن الحاجة إذا كانت تنزل منزلة الضرورة فقد ذكر الفقهاء أنهما يفترقان فى أمرين :

الأول — أن الضرورات تبيح المحظورات سواء أكان الاضطرار حاصلا للفرد أم حاصلا للجماعة ، وذلك بخلاف الحاجة فإنها لا توجب الاستثناء من القواعد العامة أو الأحكام العامة إلا إذا كانت عامة لجميع الناس أو لطائفة منهم ، ولا تعتبر حاجات الأفراد لأن لكل فرد حاجاته التى تتجدد وتختلف عن حاجات غيره ، ولا يمكن أن يقرر لكل فرد تشريع خاص به بخلاف الضرورة فإنها حالات نادرة وقاسرة .

الثانى — ان الحكم الاستثنائى الذى يتوقف على الضرورة هو إباحة مؤقتة لمحظور ممنوع بنص الشريعة وتنتهى هذه الإباحة بزوال الاضطرار كما أنها مقيدة بمن حدثت له دون غيره . أما الأحكام التى ثبتت بناء على الحاجة فهى لا تصادم نصاً ، ولكنها تخالف القواعد والقياس وهى تثبت بصورة عامة يستفيد منها جميع الأفراد كما يستفيد منها المحتاج وغيره كما ذكر فى جواز الاستصناع والإجارة والسلم .

ونخلص من ذلك إلى أن (قاعدة المشقة تجلب التيسير وما رجع إليها من قواعد فرعية ، والتى استنبطها الفقهاء من تأثير علة المشقة فى التيسير والتخفيف قد رجع إليها أحكام كثيرة رعاية لرفع الحرج وعموم البلوى حتى قالوا : بطهارة طين الشوارع ، وإن اختلط بالنجاسة ، وعدم تنجس الآبار بفضلات الحمام والعصافير . . ولذا قالوا : يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشارع وتخفيفاته .

وقد اعتبر الفقهاء ما تعارفه الناس للحاجة استناداً إلى دليل هذه القاعدة ، لما للعرف من سلطان على النفوس ومبلغ العسر الذى يلحق بهم إذا حيل بينهم وبين ما جرى به العرف مما يستدعى التيسير ، اذا كان العرف مستوفياً لشروطه المتقدمة ، إلا إذا وصل الأمر إلى الضرورة الملجئة إلى ترك النصوص مثل الاضطرار إلى أكل الميتة خشية الهلاك الذى هو أعظم من ترك التخفيف فإنه يترتب على التمسك بالنص مفسدة أعظم من مصلحة التخفيف . ولذلك فإن قول الفقهاء يجوز كذا للعرف ، إنما هو استخراج للحكم من هذه القاعدة حتى لا يقع الناس فى الحرج والمشقة ويحدث لهم بذلك « ضرر والضرر يزال » .

ويلحق بهذا قاعدة « الأصل فى الأشياء الإباحة وفى المضار التحريم » .

وذكر السيوطى : أن الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

وقال الحنفية : الأصل فى الأشياء التحريم حتى يدل الدليل على الإباحة .

ويترجح المذهب الأول بما جاء عن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — (ما أحل الله فهو حلال وما سكت عنه فهو عفو فاقبلوا من الله عافيته فإن الله لم يكن لينسى شيئاً) .

وروى الطبرانى عن أبى ثعلبة : قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم :

إن الله فرض فرائض فلا تضيعوها ونهى عن أشياء فلا تنتهكوها ، وقد حد حدوداً فلا تعتدوها ، وسكت عن أشياء من غير نسيان فلا تبحثوا عنها ، اهـ .

فهذا يدل على إباحة المنافع وما يكون وسيلة لتحقيق المنفعة ما لم يدل الدليل على التحريم وقد يترجح أن الأصل فى الأشياء التحريم لقوله تعالى: يسألونك ماذا أحل لهم فإنه يدل على سبق التحريم .

وأما ما فيه ضرر يلحق بالإنسان فان الأصل فى المضار التحريم لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا ضرر ولا ضرار » كما تقدم .

وعلى هذا فان ما يحقق المصلحة ويدفع الضرر مما يدخل تحت (قاعدة المصالح المرسلة) فهو على أصل الإباحة ما لم يدل دليل على التحريم ، وما تعارفه الناس مما فيه ضرر فإنه يرد إلى أصل الحظر ويقال فيه :

(الأصل فى الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة) . و (الضرر يزال) (١) .

وقد سلف فى معنى اعتبار العرف أن على الفقيه : أن يبين للناس ما فى الأعراف الفاسدة من الضرر ، ويردهم إلى الصحيح من أحكام الشريعة حتى يدفع عنهم الضرر المترتب عليه وتتحقق لهم المصالح التى تتبع أصل الإباحة لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح وذلك لأن المفاسد سرياناً وفشواً بين الناس فمن أهداف الشارع الحكيم القضاء عليها ، وهذا هو ما يؤيده العقل كما يؤيده النقل ، ولو ترتب على ذلك الحرمان من بعض المنافع أو تأخيرها .

---

(١) يراجع فى هذا البحث أشباه السيوطى ص ٧٧ ، ٨٨ وأشباه ابن نجيم ص٣٧، ٤٥ ، والمواد (٧ ، ٢١ ، ٢٢ ، ٣٢) من المجلة مع شرح الأستاذ على حيدر ومرآة المجلة ابوسف أصاف . ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٠ والحموى فى شرح الأشباه ، لابن نجيم ج ١ ص ١١٧ ، والبدائع ج ٥ص ٢ ، ٣ ، والمغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٢٧٥ ؛ ودرر الحكام ج٢ ص٢٠٧ والمبسوط للسرخسى ج ١٠ ص ١٤٦ ورسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ٣٦ ، ٣٨ والمدخل الفقهى العام للزرقا ج ١ ص ٩٢٨ وما تقدم ص ١٢٠ ، ٣٤٨ ما بعدها .

ومثال ذلك :

ما إذا تعارف الناس التجارة فى المحرمات من خمر أو غيرها أو التعامل بالربا وغير ذلك مما فيه منفعة للتجار وأصحاب الأموال ، فلما يترتب على ذلك من المفاسد منع الشارع منه مطلقاً لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح كما منع المفسدة ولو أدت إلى مصلحة فى نظر البعض لأن الغاية لا تبرر الوسيلة ، ولذا كان حرص الشارع على منع المنهيات أقوى من حرصه على تحقيق المأمورات ، فقد روى أن رسول الله — ﷺ — قال :

(ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم) .

وذلك لأن منع المفاسد مقصود للشارع كما أن جلب المفاسد مقصود له ولذلك حرم العقد على ما لا منفعة فيه من عقود المعاوضات كما حرم العقد على مافيه ضرر منها وذلك معروف عقلا وشرعاً بلا خوف ، وقد بينت الشريعة أحكام ما تعارفه الناس وأتت بقواعدها العامة وبجانب ذلك ، الأصل فى الأشياء والإباحة حتى يدل للدليل على التحريم ، فهى الإباحة التى تحقق المنفعة وتمنع المفسدة ، حفظاً للانسان وروحه وماله .

والعرف - كما سلف - يسعه تشريع الإباحة واذا فصلته بهذه القاعدة صلة وثيقة لا تجعله ينفك عنها بحال من الأحوال(١) .

وأخيراً فإن القاعدة الأولى من القواعد المذكورة قاعدة العرف (العادة محكمة) أصل لهذه القواعد التى رجع إليها العرف ، فتحكيم

---

(١) يراجع فى ذلك معنى اعتبار العرف فيما تقدم ص ٩٥ والأشباه للسيوطى ص ٦٠ ، ٦٨ وابن نجيم ص ٣٢ ، ٣٧ والمواد (١٩ ، ٢٠ ، ٢٥ ، ٣٠) من المجلة كما يراجع رسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ٣٦ ، ٤٠ والمدخل الفقهى العام للزرقا جـ ١ ص ٩٦٣ ، ٩٧٧

العرف والعادة ، هو الذى جعل له صلة بقاعدة الأمور بمقاصدها وما جاء فى معناها من قولهم : (العبرة فى العقود بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى) لأن مايقصده العاقد من لفظه العرفى هو الحكم لتبادره إلى الفهم عند النطق به . وكذلك ما تفرع على قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من قولهم (لا عبرة بالدلالة فى مقابلة التصريح) فإن من شروط العرف المحكم ألا يقابله تصريح بخلافه .

وكذلك قولهم : (لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت فى معرض الحاجة إلى البيان بيان) إلا إذا اعتبر السكوت إذنا بالعرف ، وقولهم (الأصل فى الكلام الحقيقة إلا إذا أخرجه العرف عن المعنى الحقيقى إلى المعنى العرفى فيحكم المعنى العرفى . ولما كان عدم اعتبار العرف ومراعاته يسبب الحرج والمشقة ارتبط ذلك بقاعدة المشقة تجلب التيسير) وذلك للحاجة والضرورة حتى يزال الضرر المترتب على عدم اعتبار العرف ، (والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة) وأما ما تعارفه الناس مما ليس فى النهى عنه أو تحريمه نص شرعى فإنه على أصل الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم إذا كان يحقق المصلحة المقصودة شرعاً وأما ما تعورف عليه مما فيه مفسدة فإنه على أصل الحظر ويجب تركه .

٦ — هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ؟

لقد تقدم أن الفقهاء لما وضعوا قواعد الفقه لم يهمل واحد منهم أن يتحدث عن قاعدة العرف . « العرف العادة محكمة » وأرادوا بها العرف بنوعيه القولى والعملى ، وهى بهذا تعبر عن مكانة العرف فى التشريع الإسلامى ، وما فرعه الفقهاء على هذه القاعدة من أبحاث وقواعد تندرج تحتها تعتبر مفسرة للقاعدة المذكورة .

فقاعدة العادة « أنشأها العرف لأن الأدلة قامت من الكتاب والسنة والإجماع على اعتباره فى التشريع وبناء الأحكام المطلقة فى الشريعة عليه . كما تقدم .

وأصبحت هذه القاعدة من القواعد الكبرى الأساسية التى يرجع إليها الفقه الإسلامى عند جميع الفقهاء ، وبذلك استمد العرف قوته ، وأخذت القاعدة مكانتها وأصبح للعرف أثر لا يستهان به .

وكذلك ذكر أنه توجد قواعد فقهية أخرى رجع إليها العرف بوجه قوى ولكنها ليست قواعد أنشأها العرف وإن كان له رجوع إليها بمعنى « قاعدة العادة محكمة » وقد شملت هذه القواعد العرف فيما رجع إليها من أحكام ودخل تحتها من قواعد مفرعة على أصل القاعدة .

فالعرف أنشأ القاعدة الأساسية « العادة محكمة » لأنه رجع إليه فى الفقه مسائل كثيرة فى أبواب الفقه المختلفة التى احتاجت إلى ضبطها بالقواعد الأخرى المتصلة بها والمفرعة عليها حتى يجتمع شتاتها ويلتئم شملها تحت القاعدة المذكورة . والعرف بعد ذلك يرجع إلى المصلحة التى ترجع إلى كليات الشريعة ومقاصدها العامة ، وما تعارف عليه الناس من أمور تحقق لهم مصلحة ما لا تعارض نصوص الشريعة هو المسمى بالمصلحة المرسلة ، وذلك كله ما لم يأت النص الشرعى مخالفاً أو ملغياً للعرف ، وإلا لم يعتبر ، لأن أعراف الناس وإن اعتبرت بشروطها السابقة فى الشريعة لا تقوى على معارضة النصوص الشرعية . وإلا أصبحت الشريعة عرضة للتغيير والتبديل كلما تغير العرف واختلف الزمن وبذلك تضيع أحكام الشريعة وتتقوض أركانها .

ولا يمكن بعد ذلك القول بأن العرف إذا كان قد أنشأ قاعدة فقهية فى القاضى فإنه كلما تغير احتاج الأمر إلى إنشاء قاعدة جديدة — وذلك لأن

العرف المعتبر فى التشريع قد وضعت قاعدته مستوفاة لشروطها السابقة ، وما جاء مخالفاً لها فإنه لا محالة يعتبر مخالفاً لنصوص الشريعة ومبادئها العامة ، وذلك لأن العرف الذى عرف بأنه « ما استقر فى النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس بما لا ترده الشريعة أو أقرهم الشارع عليه » . لا يمكن أن يوجد عرف مخالف له إلا وكان مخالفاً للشريعة فى نصوصها ومبادئها . ولذا فأى عرف آخر يخرج عن نطاق القاعدة التى أنشأها العرف بهذا المعنى عرف فاسد ولا يجب اعتباره فضلا عن القول بأنه قد ينشىء قاعدة جديدة لأن القول بتحكيمه فى الوقائع فى أى زمان أو مكان خلاف القول بأنه ينشىء قاعدة جديدة لأنه لم يوجد حتى الآن فقيه من الفقهاء اكتشف قصوراً أو نقصاً فى قاعدة فحاول تكميلها أو أبدل قاعدة بأخرى عكس القوانين الوضعية التى يكتشف كل يوم ما بها من نقص فتحتاج إلى تكميل أو استبدال قواعدها بقواعد أخرى — لأن الشريعة الإسلامية من وضع الله الحكيم الخبير « صبغة الله ومن أحسن من الله صبغة ونحن له عابدون »(١) « صنع الله الذى أتقن كل شىء »(٢) .

ويقول بعض علماء القانون : إن العرف لا ينشىء قواعد قانونية . وذلك لأن القانون يصدر عن طريق التشريع وإذا اعتبر العرف فذلك لأن المشرع أجازه ضمناً فإرادة المشرع هى التى أعطت العرف قوته .

ويرى بعضهم أن هذا الرأى ضعيف لأن علماء القانون يسلمون

---

(١) سورة البقرة ١٣٨

(٢) سورة النمل ٨٨

ويراجع ما تقدم فى المقدمة ص ٧ وما بعدها . واعتبار العرف ص ١٠٣ وما بعدها . وما ذكر فى أول الحديث عن العرف وقواعد الفقه .

بالعرف فى المسائل التجارية ويجعلون لها أثراً بارزاً فيها فلماذا هذا الاستثناء
ثم يقول :

« أليست المسائل التجارية فى طبيعتها كالمسائل المدنية ، أولم يكن الأولى أن تحفظ القاعدة بإطلاقها ، ويذهب أنصار هذا الرأى من علماء القانون إلى اعتبار العرف منشئاً للقاعدة القانونية لأن القانون اعتبر العرف والمشرع يدأب دائماً على ما درج عليه الناس ويجعل قوانينه متمشية مع حاجاتهم ورغباتهم ، فالعرف مصدر ينشىء قواعد قانونية وفى صورة ضيقة » اهـ .

وإذا كان القانون مشتق من ظروف المجتمع والمشرع يلاحظ ذلك عند وضع القاعدة القانونية فالعرف هو الذى ينشىء القاعدة القانونية (١) .

(٧) مجال القاعدة التى أنشأها إجمالا :

لقد تقدم الحديث عن قاعدة « العادة محكمة » وما يتفرع عليها من قواعد ، وأما الحديث عن مجال هذه القاعدة ، ففى أبواب المعاملات فى الفقه الإسلامى مسائل كثيرة بنيت أحكامها على العرف وما وجد فى العبادات فمسائل قليلة جداً ولا تتعلق إلا بالأمور الطارئة على العبادات غالباً مثل الأفعال المنافية للصلاة وطول الزمان وقصره فى موالاة الوضوء عند من يشرطها . . وفى تشريع العقوبات للعرف أثر كبير فى التعزير — كما سلف — .

وأما المسائل المفرعة على هذه القاعدة فقد أجملها السيوطى — رحمه الله —

---

(١) أصول القانون للسنهورى وأبى ستيت ص ٦٠ ، ٩٣

فى أول حديثه عن القاعدة العادة محكمة ، وهى مسائل متعددة فى أبواب الفقه المختلفة »

قال السيوطى — رحمه الله تعالى(١) — :

« أعلم أن اعتبار العرف والعادة رجع إليه فى الفقه مسائل لا تعد كثرة ، فمن ذلك الحيض وأقل سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها ، وضابط القلة والكثرة فى الضبة — أى تضبيب الآناء أو غيره بالفضة » والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات المعفو عن قليلها ، وطول الزمان وقصره فى موالاة الوضوء « فى وجه » والبناء على الصلاة فى الجمع والجمعة وخطبتها وبين الإيجاب والقبول فى العقود والسلام ورده ، وفى التأخير المانع من الرد بالعيب فى البيوع وسقى الدواب من الجداول والأنهار المملوكة إقامة له — أى العرف — مقام الإذن اللفظى وتناول الثمار الساقطة ، وفى إحراز المال المسروق وفى المعاطاة على ما اختاره النووى ، وفى عمل الصناع على ما إستحسنه الرافعى وفى وجوب السرج والأكاف فى إستئجار الدواب ، والحبر والخيط ، والكحل على من جرت العادة بكونها عليه ، وفى الاستيلاء فى الغصب وفى رد ظرف الهدية وعدمه وفى وزن أو كيل ما جهل فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم — فإن الأصح أن يراعى فيه عادة بلد البيع وفى إرسال المواشى نهاراً وحفظها ليلا .

ثم قال السيوطى : ولو اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة فى الأصح . . . . وفى قبول القاضى الهدية ممن له عادة ، وفى القبض والأقباض ودخول الحمام ودور القضاة والولاة وفى الأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا إذن « تنزيلا الإذن العرفى مقام اللفظ وفى المسابقة والمناضلة، إذا كانت الرماة فى مسافة تنزل المطلق عليها ، وفيما إذا اطردت

(١) الأشباه والنظائر ص ٩٠

عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح أنها تنزل منزلة الشرط ، وفى ألفاظ الواقف والموصى والإيمان » اهـ .

وذكر ابن حجر فى فتح البارى عند قول البخارى — رحمه الله — (باب من أجرى أمر الأنصار على ما يتعارفون بينهم فى البيوع ، والإجارة والمكيل والموزون وسننهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة) .

قال ابن المنير وغيره : المقصود بهذه الترجمة إثبات الإعتماد على العرف وأنه يقضى به على ظواهر الألفاظ ، ولو أن رجلا وكل رجلا فى بيع سلعة فباعها بغير النقد الذى عرف الناس لم يجز ، وكذا لو باع موزونا بغير الكيل أو الوزن المعتاد ، ثم قال :

« وذكر القاضى حسين : أن الرجوع إلى العرف أحد القواعد الخمس التى يبنى عليها الفقه ، فمنها الرجوع إلى العرف فى معرفة أسباب الأحكام الإضافية كصغر ضبة وكبرها وغالب الكثافة فى اللحية ونادرها وقرب منزل وبعده وكثرة فعل الكلام وقلته فى الصلاة ، ومقابل العوض فى البيع عينا وثمن مثل ومهر مثل ، وكفء نكاح ومؤونة ونفقة وكسوة وسكنى ، وما يليق بحال الشخص من ذلك . ومنها الرجوع إلى العرف فى المقادير كالحيض والطهر وأكثر مدة الحمل وسن اليأس » . « ومنها الرجوع إليه فى فعل غير منضبط يترتب عليه الأحكام كاحياء الموات والإذن فى الضيافة ، ودخول بيت قريب ، وتبسط مع صديق ، وما يعد قبضاً وإيداعاً وهدية وغصباً وحفظ وديعة وانتفاعاً بعارية » . ومنها « الرجوع إليه فى أمر مخصص كألفاظ الإيمان وفى الوقف والوصية والتفويض ومقادير المكاييل والموازين والنقود . وغير ذلك » [1] اهـ

(١) فتح البارى جـ ٤ ص ٣٢١ ويراجع شرح العينى على البخارى جـ ١٢ ص ١٦ .

وقد تقدم « فى تعريف العرف والعادة » .

إن العرف والعادة يثبتان بالتكرار والمعاودة مرة بعد أخرى حتى يستقر ما اعتاده الناس وتعارفوه بينهم . ولكن فى الفروع التى ذكرها السيوطى وابن حجر وغيرهما من الفقهاء فيما فرعوه على هذه القاعدة . بعض الفوائد الشخصية أو الخاصة ببعض المسائل التى ثبتت العادة بمرة فى فى بعضها وبأكثر فى بعض المسائل الاخرى — ويتبين ذلك فى الأمثلة الآتية التى تذكر للدلالة على المطلوب .

(١) فى الحيض قال إمام الحرمين والغزالى (فى باب الحيض) . الحيض أربعة أقسام :

« أحدها » ما يثبت بمرة واحدة بلا خوف وهو الاستحاضة لأنها علة مزمنة فإذا وقعت فالظاهر . دوامها وسواء فى ذلك المبتدئة والمعتادة والمتحيرة « وذكر مثل ذلك المالكية » .

« الثانى » مالا يثبت فيه بالمرة ولا بالمرات المتكررة بلا خوف وهى المستحاضة إذا انقطع دمها فرأت يوماً دما ورأت يوماً نقاء واستمر لها أدوار هكذا . ثم أطبق الدم على لون واحد فإنه لا يلتقط لها قدر أيام الدم بلا خلاف ، وإن قلنا باللقط ، بل (يختصها[1] بما كنا نجعله) حيضاً بالتلفيق وكذا لو ولدت مراراً ولم تر نفاساً ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوماً فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها بلا خلاف بل هذه مبتدأة فى النفاس .

« الثالث » ألا يثبت بمرة ولا بمرات ، وهو التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء .

---

(١) هذه العبارة فى الأشباه للسيوطى طبع التجارية سنة ١٣٥٥ هـ ١٩٣٦ م (يختصها بما كنا نجعله) وفى طبعة الحلبى سنة ١٣٧٨ هـ ١٩٥٩ م (بل نحيضها بما كنا نجعله) ، وما ذكرته أرى أنه صحيح .

« ويقول المالكية : إنها تلفق ايام الدم لتصير بها إلى عادتها ، وتغتسل وجوباً وتصوم وتصلى .

الرابع : ما يثبت بالثلاث وفى ثبوته بالمرة والمرتين خلاف والأصح الثبوت ، وهو قدر الحيض والطهر ، وقدر الحيض يثبت بمرة واحدة عند المالكية فإذا ما اختلفت العادة فإنها تصل بها إلى نهاية مدة الحيض وهى خمسة عشر يوماً وتصير عادتها بعد ذلك .

(٢) الجارحة فى الصيد لابد من التكرار ولا يكتفى فيه بمرة واحدة كما ذكر السيوطى ، بل لابد من التكرار للأمور المعتبرة فى تعليم الحيوان من السباع والطير التى يحل الاصطياد بها بأن تنزجر بزجر صاحبها أو معلمها فى ابتداء الأمر وبعده ، وأن تسترسل بإرساله وقال بعض الفقهاء لا ينضبط ذلك بعدد بل يرجع فيه إلى أهل الخبرة وفى الاكتفاء بالمرتين والثلاث خلاف أيضاً .

(٣) اختيار الصبى فى البيع ونحوه ليعرف بلوغه ورشده . قالوا : يختبر مرتين فصاعدا حتى يغلب على الظن رشده . وذلك بأن يدفع أقل ما طلب صاحب السلعة التى يريد شراءها . . وكذلك إذا طلب أكثر من ثمن الشىء الذى يعرضه للبيع ، ويضبط ذلك بالعرف وأنه لا يغبن عادة حتى يأنس منه الرشد ، خلافاً لمن قال : يختبره مرة أو مرتين حتى يغلب على الظن رشده .

(٤) العادة فى الإهداء إلى القاضى ، قال تقى الدين السبكى[1] « ملخص كلام علماء فيما يعطى للحكام والأئمة والأمراء والقضاة والولاة وسائر من ولى

(١) يراجع : فصل المقال فى هدايا العمال » مطبوع ضمن فتاوى السبكى ج ١ ص ٢١٣ — ٢١٧

أمراً من أمور المسلمين أنه . إما رشوة ، وإما هدية أما الرشوة فحرام بالإجماع على من يأخذها وعلى من يعطيها سواء كان الآخذ لنفسه أو وكيلا، وكذا المعطى سواء أكان عن نفسه أو وكيلا ، ويجب ردها على صاحبها ولا تجعل فى بيت المال إلا إذا جهل صاحبها ، فتكون كالمال الضائع ، وفى احتمال لبعض صاحبها ، فتكون كالمال الضائع . وفى احتمال لبعض متأخرى الفقهاء أنها تجعل فى بيت المال .

وأما الهدية التى يقصد بها التودد واستمالة القلوب ، فإن كانت ممن لم يتقدم له عادة (أى بالإهداء له) قبل الولاية فحرام وإن كانت ممن له عادة (أى بالإهداء له) قبل الولايه ، فإن زاد فكما لم تكن له عادة (أى تكون حراماً) ، وإن لم يزد فإن كانت له خصومة لم يجز وإن لم تكن له خصومة جاز بقدر ما كانت عادته قبل الولاية . والأفضل أن لا يقبل ، والتشديد على القاضى فى قبول الهدية أكثر من التشديد على غيره من ولاة الأمور لأنه نائب عن الشرع فيحق له أن يسير بسيرته .

ثم قال : فلينظر القاضى المسكين المشفق على دينه إلى سيرته وسيرة النبى — ﷺ — والخلفاء الراشدين بعده فى أحكامهم وأفعالهم فإن وجد سيرته قريبة منهم فأحر أن ينجو بنفسه ، أو ليسأل فى تقصيره وإن وجد سيرته مخالفة لسيرتهم فليعلم أنه كما عدل عن طريقهم فى الدنيا كذلك يعدل عنها فى الآخرة وليقنع بأن يكون فى عداد المسلمين نسأل الله العافية ، ولا نتعرض إلى هذا الخطر العظيم ونتحمل أعباء هذا المنصب الشريف » اهـ

وثبوت الهدية للقاضى وهل تثبت بمرة أو أكثر من مرة ، قال ابن السبكى لم أر بماذا يثبت به .

وقال السيوطي :

وكلام الأصحاب يلوح منه ثبوتها بمرة واحدة ، ولذلك عبر الرافعي بقوله : أن يعهد منه الهدية ، والعهد يصدق بمرة واحدة .

وقال ابن نجيم :

لم أر بماذا تثبت العادة بالاهداء للقاضي المقتضية للقبول .

والذي يفهم من كلام جمهور الفقهاء : أنه يرجع في ذلك وفي غيره في ثبوت العادة في أي أمر من الأمور إلى العرف في ذلك فإنه هو الضابط في الأمور التي تتكرر أو تحتاج إلى التكرار حتى يحكم عليها فيما عدا الحائض فإن عادتها تثبت بمرة واحدة ـ كما تقدم(١). والذي نراه في الهدية للقاضي : أنها تثبت بالمرة الواحدة ، وذلك بعد أن يولى القضاء . وهي عليه حرام يجب أن يتنزه عنه . إلا إذا كانت من قريب أو صديق لما بذلك عادة قبل أن يلي القضاء ولا يقصد بها بعده تحقيق مصلحة لها بحكم منصبه ، وإلا فهي حرام ، وكذلك كل من يلي أمراً من أمور المسلمين .

٨ - مجال قاعدة العرف في أبواب الفقه المختلفة :

بعد ذلك الذي تقدم فقد كان للعرف مجال أو أثر في أبواب الفقه المختلفة وبنى الفقهاء عليه كثيراً من الأحكام وذلك سوى ما ذكر من مسائل فيما تقدم ـ مما يستدعي استعراض مسائل من هذا النوع مما ذكره الفقهاء في كتب الفقه .

---

(١) يراجع في ذلك الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٩١ ، ٩٢ والأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٤٧ وقواعد الزركشي ـ مخطوط ، والشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٧٣

(أ) العقود والتصرفات

المعقود عليه هو محل العقد ومن الأصول المقررة فى الشريعة أن يكون المعقود عليه موجوداً وقت إنشاء العقد حتى ينعقد العقد ويترتب عليه حكمه لأن مقتضى العقود أن يكون المعقود عليه مقدوراً على تسليمه ولا يتأتى ذلك إذا كان المعقود عليه غير موجود وقت إنشاء العقد. كما يجب لصحة العقد خلو المعقود عليه عما يفضى إلى المنازعة وأكل أموال الناس بالباطل. ولهذا ورد النهى عن بيع ما ليس عند الانسان. وقد استثنى من هذا الأصل العام بعض العقود فأجيز العقد على المعدوم المتوقع وجوده فى المستقبل حسبما تقتضيه طبيعة العقد عملا بالعرف الجارى بين الناس وذلك كما سلف فى الحديث عن الاجارة والسلم والاستصناع « فى العرف والقياس ».

وقد اتفق الفقهاء على أن الشىء المعدوم الذى يستحيل وجوده فى المستقبل لا يصلح أن يكون محلا للعقد سواء كان ذلك عينا أو منفعة، كما اتفقوا على أن محل العقد إذا كان لمنفعة لا يشترط وجودها عند العقد وإنما يشترط إمكان تحققها فى المستقبل حيث أن طبيعة المنفعة وقت العقد معدومة ولا يتصور وجودها دفعة واحدة ولكنها توجد شيئاً فشيئاً، وذلك كما فى عقد الاجارة وقد أجيزت الاجارة للتعامل ولحاجة الناس إليها — كما سلف :

وقد نص الفقهاء، على صحة استئجار الدور والحوانيت وإن لم يبين وجه الانتفاع بها من السكنى ووضع الأمتعة ونحوها، وذلك لأن العرف جعل الاستئجار فى الدور ينصرف إلى السكنى وفى الحوانيت إلى الانتفاع بما يليق بها لأن المعروف عرفا كالمشروط شرطاً، والعادة محكمة، والتعيين بالعرف كالمنصوص عليه فى العقد، مع أن القياس ألا يجوز الاستئجار

إلا إذا بين العاقدان وجه المنفعة من المعقود عليه حتى لا يفضى إلى النزاع والخلاف بين العاقدين ، ولكن العرف رفع ما يفضى إلى ذلك .

ويقول القرافى — رضى الله عنه — فى الفرق بين قاعدة مايتبع العقد عرفاً وما لا يتبعه « تتبع الفتاوى العوائد كيفما تقلبت كما تتبع النقود فى كل عصر وحين ، وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها فتنصرف بالعادة المنفعة المقصودة منها عادة » اه

ولذلك قال الفقهاء : « إنه يجوز إجارة ما جرى العرف باستئجاره مما ينتفع به انتفاعاً شرعياً . فلا تصح إجارة ما لا منفعة فيه أصلا أو فيه منفعة غير شرعية ، وأن تتقوم بالمنفعة حتى تكون معلومة غير مجهولة وأن تكون مملوكة لصاحب الشىء المؤجر على وجه خاص ، بحيث يمكن منعها ويمكن أن تؤثر فى الذات المؤجرة وتنقص قوتها كوهن الدابة بالركوب .

ولهذا نص المالكية على عدم صحة إجارة الشجر للاستظلال أو التشمس بفلاة لعدم ملك المنفعة وإن أجازوا تأجير الأشجار المملوكة لتجفيف الثياب عليها نظراً إلى أن فى ذلك تأثير فى عين الشجر فهو داخل عندهم تحت القيد الذى ذكروه ، وهو « أن تؤثر المنفعة فى الذات المؤجرة » .

وذكر ابن نجيم فى الأشباه :

« أن صحة الإجارة بالتعارف العام فمتى جرى العرف باستئجار شىء كالدور للسكنى صحت الإجارة وما لم يجر العرف العام باستئجار شىء لم يصح استئجاره » .

وهذا ليس متفقاً عليه فإن العرف الخاص ببعض البلاد أو بعض

الطوائف إذا جرى باستئجار شيء فإنه يصح استئجاره إذا كان يحقق منفعة شرعية .

ولذلك قال الفقهاء : إن من لا منفعة ترجى منه شرعاً لا يصح استئجاره كآلات اللهو أو استئجار الدراهم للزينة لأن بذل العوض فيها من السفه . وأخذ العوض عما لا يصح استئجاره شرعاً من أكل أموال الناس بالباطل .

وعلى هذا تكون صحة الإجارة دائرة مع العرف صحة وبطلاناً فإذا لم يجر العرف باستئجار شيء لا يصح استئجاره شرعا . إلا ما نهى الشارع عن استئجاره فإنه لا يصح ولو جرى به عرف فهو فاسد غير معتبر .

وقد شرط الحنفية فى انعقاد الإجارة أن تكون المنفعة مقصودة لجمهور الناس ، وهذا هو الصحيح من مذهب الشافعية . ولذلك أفتى فقهاء الحنفية بعدم صحة ما قاله بعضهم من استئجار المستقرض المقرض لحفظ عين لا تزيد قيمتها على الأجرة كسكين أو ملعقة تحايلا على الربا حيث يأخذ المقرض عوض الإجارة عما استأجره لحفظه نظير القرض الذى أعطاه .

وأفتى الكمال بن الهمام والزيلعى ببطلانها ، وذهب إلى مثل ذلك ابن القيم فى إعلام الموقعين .

والعرف فيما يتعلق بالإجارة دخل كبير فوق ما ذكر فيما يتعلق بالأجر ، فإن أجرة المثل تتعين بالعرف ، وتأجيل الأجر إن كان العرف التأجيل وتعجيله إذا كان العرف التعجيل ما لم يتفق على غير ما جرى به العرف .

قال الصاوى فى حاشيته على الدردير : « إن عين الأجرة فلابد من شرط التعجيل أو جريان العرف به فإن لم يجر عرف ولم يشترط كان العقد فاسداً ، وذلك للجهالة المفضية إلى النزاع[1] .

٢ — العرف والشروط المقترنة بالعقد

إن الشريعة الإسلامية قد عنيت بتنظيم علاقات الناس وضروب معاملاتهم وتصرفاتهم طبقاً للمصلحة ، فيجب ألا يقدم أحد على عقد يخالف لأصول الشريعة العامة ، وقد تحدث القرآن الكريم عن وجوب الوفاء بالعقود . فأوجب إمضاءها ولم يشترط فى العقود المالية إلا الرضا والاختيار فقال الله تعالى :

« إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » .

وقد اختلف الفقهاء فيما يختص بحرية المتعاقدين فى العقود والشروط المقترنة بها ، ويحسن بيان آراء الفقهاء فى هذه الشروط على سبيل الإجمال عموماً مع بيان المراد من البحث

لقد مر فى العرف وقواعد الفقه أنه يوجد مبدأين ذكرهما الفقهاء هما :

١ — الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

٢ — الأصل فى الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة[2] .

---

(١) ج ٣ ص ٧٢ والبهجة ج ٢ ص ١٦٥ والفروق ج ٣ ص ٣٨٧ والبدائع ج ٥ ص ٢٢٤ ودرر الحكام ج ٢ ص ١٨٠ وقواعد الأحكام ، قاعدة اختلاف أحكام التصرفات لاختلاف مصالحها ج ٢ ص ١٤٤ وما تقدم فى العرف العملى والعرف والقياس .

(٢) يراجع ما تقدم آخر العرف والقواعد التى يرد إليها .

فعلى المبدأ الأول :

يكون للعاقدين أن يعقدا من العقود ويشترطا من الشروط ما يشاءان إلا ما أتى الشرع بتحريمه استصحاباً لذلك الأصل ، وذهب إلى هذا الحنابلة ومنهم ابن تيمية بصفة أخص وبعض الفقهاء. وإن لم يتوسعوا فى الشروط مثلما فعل الحنابلة — واستدلوا بقوله تعالى :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود »[١] . وقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم »[٢] .

فالآية الأولى : أوجبت الوفاء بالعقود دون استثناء ، ولا يكون الوفاء بالعقد لازماً إلا إذا كان صحيحاً .

والآية الثانية : لم تشترط لصحة العقد إلا أن يكون صادراً عن إرادة العاقدين بالرضى والاختيار . واستدلوا مع ذلك بقوله — صلى الله عليه وسلم — « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً أحل حراماً أو حرم حلالا[٣] فهو يفيد بظاهره أن الأصل فى الأشياء الإباحة ، وقال الحافظ المنذرى : « وهذا فى الشروط الجائزة دون الفاسدة ، وهو من باب ما أمر فيه بالوفاء بالعقود » اهـ .

وأما المبدأ الثانى : وهو أن الأصل فى الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على التحريم . فقد جاء على وفقه مذهب الظاهرية الذين تمسكوا بظاهر النصوص . وقالوا :

---

(١) سورة المائدة ١

(٢) سورة النساء ٢٩

(٣) رواه الترمذى وقال : إنه حسن صحيح .

« إن الأصل فى العقود وما يتصل بها من شروط الحظر فلا يجوز من ذلك كله إلا ما ورد به الشرع - وقد استدلوا على ما ذهبوا إليه بما روى عن عائشة أم المؤمنين — رضى الله عنها — أن رسول الله — صلى الله عليه وسلم — قال : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد .

وبعد أن ذكر ابن حزم هذا الحديث ورضيه قال :

« فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقداً جاء النص أو الإجماع بإلزامه باسمه أو بإباحة التزامه بعينه » ا ﻫ .

ويستدلون أيضاً بما جاء فى الصحيحين أن عائشة أم المؤمنين — رضى الله عنها — اشترت جارية تسمى « بريرة » لتعتقها فشرط أهلها أن يكون الولاء لهم مع أن الولاء مستحق شرعاً لمن أعتق فذكرت عائشة — رضى الله عنها — ذلك للنبى — ﷺ — فقال :

« خذيها واشترطى لهم الولاء فإنما الولاء لمن أعتق » أى دعيهم يشترطون الولاء فإنه لا ينفعهم ثم قام رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فى الناس فقال :

ما بال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ، ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط ، قضاء الله أحق وشرط الله أوثق ، وإنما الولاء لمن أعتق » ا ﻫ .

فبطل الشرط وصح العقد .

ويرد المخالفون لهذا المذهب :

١ — إن الشرط الذى ليس فى كتاب الله تعالى ولا سنة رسول الله

صلى الله عليه وسلم — هو الشرط الذى يخالف هذا أو ذاك ، وهو ما يدل عليه الحديث الأول الذى استدل به الظاهرية أولا فإنه نص فيما جاء مخالفاً لما عليه الرسول ﷺ أى أنه ما أحل حراماً أو حرم حلالا . كما ذكر فى الحديث الذى استدل به على المذهب الأول .

وأما استدلال الظاهرية به على أن الأصل فى الأشياء الحظر فبعيد كل البعد .

وأما الاستدلال بحديث « بريرة » فالمراد به أن الشرط الذى ليس فى كتاب الله هو ما يكون مخالفاً أيضاً فأنى يستدل به على المطلوب ؟

٢ — إن الشرط الذى دل القياس أو الإجماع على صحته وإن لم يرد به نص فى الكتاب أو السنة يكون قد دل عليه من طريق غير مباشر بالكتاب والسنة .

هذه هى خلاصة أدلة المضيقين كالظاهرية والرد عليها والموسعين كالحنابلة .

وأما الذين توسطوا بين هذين المذهبين فلم يشترطوا فى الإباحة ورود نص خاص كالظاهرية ولم يجعلوا الأصل فيها الإباحة كما ذهب إليه الحنابلة بل يميلون إلى أن الأصل هو الحظر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا فى الاستثناء وهؤلاء هم جمهور الحنفية والمالكية والشافعية .

وهذه الشروط المستثناه التى حكموا بصحتها أربعة :

الأول : الشرط الذى يوافق مقتضى العقد مثل اشتراط البائع على المشترى تسليم الثمن قبل تسليم المبيع ، واشتراط المشترى رد المبيع إذا وجد عيباً ، واشتراط الزوجة على زوجها مهر المثل إذا لم يتفقا على مهر معين ،

فإن هذه الشروط لم تثبت شيئاً جديداً غير ما يقتضيه العقد ويوجبه لأن مضمونها ثابت ويجب الوفاء به ولو لم يشترطه أحد العاقدين .

الثاني : الشرط المؤكد لمقتضى العقد :

وذلك مثل اشتراط تقديم كفيل أو رهن بالثمن عند تأجيله واشتراط ولى الزوجة على زوجها أن يمسكها بمعروف أو يفارقها بإحسان إن أصبحت الحياة الزوجية غير ميسورة بينهما .

الثالث : الشرط الذى ورد به الشرع فيشمل ما ورد به نص خاص فى الشريعة كاشتراط خيار الرؤية إذا لم يكن المشترى رأى المبيع عند العقد ، وما ألحق بهذا الشرط بطريق القياس كخيار التعيين وخيار العيب فإن ما ثبت بالقياس الصحيح يعتبر مما ورد به الشرع .

الرابع : الشرط المتعارف :

وذلك مثل اشتراط المشترى على البائع إصلاح الشىء المبيع مدة من الزمن كالساعة والسيارة وغير ذلك ، واشتراط تعجيل الصداق أو نصفه أو ثلثه فى عقد الزواج إذا تعارف الناس كذلك ، وتعاملوا به فيلزم بائع الساعة والسيارة بإصلاحها فى المدة المعينة ، ويلزم الزوج بتعجيل المقدار المتفق : ولو امتنعت الزوجة عن طاعة زوجها حتى تقبض المتفق على تعجيله لا تعد ناشزاً فتستحق النفقة على زوجها لأن الشرط المقترن بالعقد لما كان صحيحاً التحق بأصل العقد فأخذ حكمه .

ولذلك جعل الفقهاء الشرط المتعارف مخصصاً لحديث نهى رسول الله — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط ، كما ذكر ذلك فقهاء الحنفية ومن نحى منحاهم ، وقد جعلوا الثابت بالعرف كالثابت بالنص لأن ما يثبت بالعرف يكون معتمداً على الدليل الشرعى الذى دل على اعتبار العرف ..

وقد أعطوا الشرط المتعارف اعتباراً فجعلوه كالمنصوص عليه فى العقد ، وإن لم ينص عليه المتعاقدان « ولأن ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » . ومن أجل ذلك قالوا : إن الشرع يقر ما يقره العرف إلا إذا كان هناك نص صريح يخالفه ، ولذا خصصوا به العام وقيدوا به المطلق وتركوا به القياس ، وعلى ذلك أجازوا كثيراً من العقود التى لم تأت بها نصوص الشريعة ، لأنها تتفق والمقصد العام من التشريع .

وقد قالوا فى القاعدة التى جاءت فى النهى عن بيع وشرط :

« إن الشرط المنهى عنه هو ما كان مخالفاً لمقتضى العقد ويمنع ترتب آثاره ، ويعللون ذلك بأن المراد به الشرط الذى يفضى إلى النزاع . وما كان مفضياً إلى النزاع فهو باطل .

أما إذا تعارف الناس شيئاً فإنه يكون غير مفض إلى النزاع لأنه موافق لمقتضى العقد إذا كان صحيحاً . فهو كالشرط الذى ورد النص باعتباره فيجب العمل بموجبه والوفاء به ، وحيث قطع النزاع وحسم الخلاف بين الناس فلا يكون مقصوداً بالنهى ، ولذا يخصص به الأثر ويترك به القياس كما قالوا فى الشرط الصحيح : إنه ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لهذا المقتضى أو أذن به الشرع أو جرى به العرف — كما تقدم —

وقال البابرتى فى العناية شرح الهداية :

« لا يقال : نهى النبى — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط وهو بإطلاقه يقتضى عدم جواز البيع إذا اقترن بشرط لأن الشرط الذى يقتضيه العقد ليس بشرط فى الحقيقة حيث أفاد ما أفاده العقد المطلق .. ولا يقال : فساد البيع بالشرط ثابت بالحديث والعرف ليس بقاض عليه

فالشرط المتعارف يكون فاسداً فلا يصح البيع معه لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفي النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ، اهـ .

وعلى هذا فالشرط الذي لا يقتضيه العقد ولا يلائمه وليس مشروطاً بالنص ولا متعارفاً يكون فاسداً أو باطلا .

ويفرق فقهاء الحنفية بين الشرط الفاسد والباطل : بأن الشرط الفاسد ما كان فيه منفعة لأحد العاقدين ، وهذا الشرط يفسد العقد في عقود المعاوضات المالية كالبيع والإجارة وغير ذلك ومثاله : أن يشترى داراً ويشترط البائع على مشتريها السكنى فيها مدة معينة أو يؤجرها لفلان ، أما في غير المعاوضات المالية فيلغى الشرط ويبقى العقد صحيحاً سواء كان العقد من عقود التبرعات كالصدقة والهبة والإعارة ، أو من عقود التوثيقات كالكفالة والحوالة والرهن ، أو الإسقاطات كالطلاق ، أو الإطلاقات كالوكالة ، أو عقود المعاوضات غير المالية كالزواج ، وإنما ألغى الشرط الفاسد في عقود المعاوضات المالية لأنه التزام غير مشروع حيث لم يرد به نص ولا جرى به عرف ، وهو في نفس الوقت مخالف لمقتضى العقد .

ولما كانت المعاملات المالية أساسها الرضا واقتران العقد بالشرط الفاسد جعل الرضى لا يستمر بإلغاء الشرط فبطل العقد لذلك بخلاف العقود الأخرى ، كما أن الشرط الذي فيه زيادة لأحد العاقدين أو لغيرهما في المعاملات يفضي إلى الربا أو فيه على الأقل شبهة الربا فتفسد بذلك بخلاف العقود الأخرى إذ لا يتصور فيها الربا ولا شبهة الربا .

أما الشرط الباطل ، وهو ما خلا من الأوصاف الصحيحة وليس فيه منفعة لأحد العاقدين فهذا الشرط يكون لاغياً ولا أثر له في العقد صحة

وفساداً ويكون العقد المقترن به صحيحاً ويلغى الشرط وحده حيث لا فائدة فيه .

ومثال ذلك ما إذا باع داراً واشترط ألا يسكنها المشترى ، أو باع سيارة واشترط على المشترى ألا يستعملها إلا فى أوقات مخصوصة أو لا يستعملها غيره أو لا يبيعها أو اشترط على من اشترى الأرض الا يزرعها مدة معينة أو يزرعها نوعاً معيناً من الزروع . فهذا الشرط غير ملزم ولا يؤدى إلى النزاع بين العاقدين فلما ألغى بقى العقد صحيحاً . وذكر بعض فقهاء الحنفية : أن الشرط المتعارف مستثنى من ذلك وقد قال الكاسانى فى حديثه عن الشرط المتعارف :

« إن كان الشرط مما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه أيضاً لكن للناس فيه تعامل ، فالبيع جائز كما إذا اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو جراباً على أن يخرزه له خفاً أو ينعل خفه والقياس ألا يجوز ، وهو قول « زفر » رحمه الله تعالى وجه القياس : أن هذا شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد العاقدين وأنه مفسد كما إذا اشترى ثوباً بشرط أن يخيطه البائع قميصاً ونحو ذلك .

« ولنا » أن الناس تعاملوا هذا الشرط فى البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط بالاستصناع » اهـ .

وذكر السرخسى فى المبسوط :

« وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر فذلك جائز أيضاً كما لو اشترى نعلا أو شراكا بشرط أن يحذوه البائع ، لأن الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعى ولأن فى النزع عن العادة الظاهرة حرجاً بيناً « وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وليس فيه عرف ظاهر فإن كان فيه

منفعة لأحد المتعاقدين فالبيع فاسد لأن الشرط باطل فى نفسه اهـ .

ويقول ابن عابدين :

إنهم صرحوا بفساد البيع بشرط لا يقتضيه العقد ، وفيه نفع لأحد المتعاقدين واستدلوا بنهيه — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط ، والقياس ، واستثنوا من ذلك ما جرى به العرف . كبيع نعل على أن يحذوها البائع .

قال فى منح الغفار : فإن قلت إذا لم يفسد الشرط المتعارف العقد يلزم أن يكون العرف قاضياً على الحديث .

قلت : ليس بقاض عليه بل على القياس لأن الحديث معلول بوقوع النزاع المخرج للعقد عن المقصود به وهو قطع المنازعة والعرف ينفى النزاع فكان موافقاً لمعنى الحديث ولم يبق من الموانع إلا القياس والعرف قاض عليه[1] .

أما الحنابلة : الذين توسعوا فى الشروط فقد صححوا كل شرط فيه منفعة لأحد العاقدين ، واستدلوا على ذلك بحديث جابر بن عبد الله — رضى الله عنه : أنه باع ناقة للنبى — صلى الله عليه وسلم — وشرط حملانها إلى المدينة .

وعللوا ذلك بأن العقود من العادات التى تحدث من المسلم وغير المسلم على السواء ، وإذن فيكفى فى صحتها ألا تحرمها الشريعة فإن لم تفعل

(١) يراجع المبسوط ج ١٣ ص ١٤ وما بعدها وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥٧ ورد المحتار على الدر المختار ج ٤ ص ١٢٦ ورسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٢٥ وفتح القدير ج ٥ ص ٢١٥ وبهامشه العناية شرح الهداية .

تكون العقود حلالا وصحيحة استصحاباً لمبدأ أن الأصل فيها الإباحة وفى الحديث الذى استدلوا به فيما تقدم قوله — صلى الله عليه وسلم — : « الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً حرم حلالا أو أحل حراماً والمسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالا أو أحل حراماً » اهـ .

وقد روى أيضاً أن النبي — صلى الله عليه وسلم — قال : الناس على شروطهم ما وافقت الحق قال ابن تيمية : وهذا المعنى هو الذى يشهد له الكتاب والسنة .

وحينئذ فالشرط المتعارف يكون معتبراً من باب أولى . أما الشرط الباطل فإنه إذا شرط لم يلزم الوفاء به كذا قال ابن القيم فى حديث « بريرة » :

« أنه تضمن حكماً من أحكام الشريعة » وهو أن الشرط الباطل إذا شرط فى العقد لم يجز الوفاء به » اهـ .

هذا هو ما قاله الحنابلة : إلا أنهم استثنوا من ذلك الشرط المنافى لمقتضى العقد أو الذى ورد النهى عنه أو كان مخالفاً لحكم الله ورسوله — ﷺ — .

١ — أما الشرط الأول : وهو المخالف لمقتضى العقد والغرض منه ، كأن يكون فى هذا الشرط منع لأحد العاقدين من الانتفاع بما يثبته له العقد من حقوق مثل أن يبيع أحد شيئاً لآخر بشرط ألا يبيعه أو يبيعه داراً بشرط أن يسكن فيها البائع أو لا يسكن فيها المشترى ولا يؤجرها إلا لفلان . وهذا الشرط وما ماثله فاسد ولكنه لا يفسد العقد بل يعتبر لاغياً والعقد صحيحاً .

٢ — وأما الشرط المخالف لحكم الله ورسوله ﷺ أو الذى نهى عنه الشارع ، فهو الشرط الذى يقتضى الجمع بين صفقتين فى عقد واحد ،

ومثاله أن يقرض فلان فلاناً مبلغاً من المال على أن يشترى به شيئاً معيناً .

ومثل هذه الشروط تكون فاسدة واشتراطها فى العقود يفسدها . لأن النبى — صلى الله عليه وسلم نهى عن صفقتين فى صفقة ولأنها تؤدى غالباً إلى نزاع بين العاقدين فى العقد الآخر الذى اعتبر شرطاً للعقد الأول ، ومع هذا فى بعضها شبهة الربا فى صورة قرض جر نفعاً .

هذا هو رأى الحنابلة فى هذه المسألة ويقول ابن تيمية فى الفتاوى :

« إن الأصل فى العقود والشروط الجواز والصحة ولا يحرم ويبطل منها إلا ما دل على تحريمه أو إبطاله نص أو قياس عند من يقول به . وأصول أحمد ـ رضى الله عنه ـ المنصوصة يجرى أكثرها على هذا القول ـ ومالك — رضى الله عنه — قريب منه لكن أحمد أكثر تصحيحاً للشروط منه فليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً للشروط منه اه .

ويذكر ابن تيمية أن تحريم شىء من العقود أو الشروط التى يتعامل بها الناس دفعاً للحرج وتحقيقاً للمصلحة بغير دليل شرعى تحريم لما لم يحرمه الله تعالى ، فكل شرط لا يناقض حكم الله تعالى ورسوله — صلى الله عليه وسلم — جائز دون استثناء(١) .

وقد قال الزيدية كما قال الحنابلة « إنه يصح من الشروط ما يكون من مقتضيات العقد . . وكذلك اعتبروا كل ما جرى به العرف من الشروط

---

(١) يراجع فى فقه الحنابلة أعلام الموقعين جـ ٣ ص ٣٣٧ ، وكشاف القناع ج ٤ ص ٤ و ج ٣ ص ٥٢ ، ٦٣ ومنتهى الإرادات ج ٢ ص ٢٥ والشرح الكبير مع المغنى لابن قدامة ج ٢ ص ٣٠ وفتاوى ابن تيمية ج ٣ ص ٢١٤ و ص ٣٢٦ — ٣٣٥ والقواعد النورانية الفقهية ص ١١١ وزاد المعاد ج ٤ ص ٣٦

يشترط ألا يخالف النص الشرعي من كتاب أو سنة[1] . وكذلك صحح المالكية والشافعية الشرط الذى يقتضيه العقد مثل تسليم المبيع والرد بالعيب وكذلك الشرط الذى لا يقتضيه العقد وفيه مصلحة كشرط الخيار والرهن والضمين فإنه لا يبطل العقد لأن الشرع ورد بذلك ولأن الحاجة تدعو إليه فلم يفسد العقد . وقالوا فى الشرط المنافى للعقد أنه لا يلزم الوفاء به .

وقد خصص المالكية حديث النهى عن بيع وشرط ، بحديث جابر بن عبد الله — رضى الله عنه — حيث قال : بعت النبى — صلى الله عليه وسلم — ناقة وشرط حملانها إلى المدينة . وذكر الزرقانى فى شرح الموطأ « إن ذلك مما يتسامح فيه عادة » .

أما الشرط المنافى للعقد فقد استدلوا على بطلانه بما رواه الإمام مالك — رضى الله عنه — فى الموطأ — عن عبد الله بن عتبة ، أن عبد الله بن مسعود — رضى الله عنه — ابتاع جارية من امرأته « زينب الثقفية » واشترطت عليه إن باعها أنها لها بالثمن الذى يبيعها به . فسأل عبد الله بن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب — رضى الله عنه . فقال عمر : لا تقربها وفيها شرط لأحد .

وقال الزرقانى وعليه — أى الشرط المنافى للعقد — حمل نهيه — صلى الله عليه وسلم — عن بيع وشرط[2] .

ويفهم من هذا الذى ذكره الفقهاء : أن الشرط المنافى لمقتضى العقد

---

(١) البحر الزخار ج ٣ ص ٣٣٠

(٢) شرح الزرقانى على الموطأ ج ٣ ص ٢٥٨ ويراجع الدسوقى على الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٣ وما بعدها .

والمفضى إلى النزاع يكون غير مشروع ولا يجب الوفاء به، وكذلك الشرط المخالف لحكم الله ورسوله - صلى الله عليه وسلم - أو ورد النهى عنه، أما الشرط المتعارف فقد خرج عن أصل النهى عن بيع وشرط كما ذكر الحنفية والحنابلة. وما يدل عليه كلام الزرقانى وغيره من فقهاء المالكية.

ويقول «أبو البقاء الكفوى» فى كتابه «ضوابط الفقه» (فى الضوابط المتعلقة بالعقد): «وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه - ولم يرد الشرع بجوازه كالخيار والأجل أو لم يرد به الشرع تنصيصاً لكنه متعارف ومتعامل به بين الناس كما لو اشترى نعلا بشرط أن يحذوه أو يشركه البائع جاز استحساناً للتعامل، وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لأحدهما أو المعقود عليه، وهو من أهل الاستحقاق بأن يكون آدمياً كما لو اشترى حنطة على أن يطحنها البائع أو يحملها إلى منزله، ونحو ذلك. فالبيع والشرط كلاهما فاسدان لأن فيه زيادة عارية عن العوض فيؤدى إلى الربا[1].

هـــذا وبعد أن تبين ما ذكر عن الظاهرية المانعين للعقود والشروط إلا ما ورد الشرع بجوازه ومذهب الجمهور على اختلافهم فى مدى اعتبارهم للشروط - وإن كان هناك ما يشبه الاتفاق على اعتبار الشرط المتعارف بخاصة، أرى أنه لا يجب ترك مذهب الظاهرية جملة، بل يؤخذ به فى عقد الزواج والمذهب الآخر فى العقود المالية.

---

(١) ضوابط الفقه لأبى البقاء الكفوى «مخطوط».

وذلك لأن عقد الزواج له حرمته وقداسته نظراً لما يكون بعده من أسرة تتطلب الاستقرار والمحافظة عليها مخافة أن تذهب بها الأهواء حين تتحكم فى الشروط فضلا عما فى الزواج من جانب العبادة التى تتطلب إذن الشرع والسير على وفق نصوصه وهى فى الزواج نصوص آمرة ملزمة .

أما العقود المالية فليس الأمر كذلك ، وبخاصة أن لكل عصر ولكل بلد عقوداً وأعرافاً جرى الناس عليها فيكون فى منعها وعدم اعتبارها حرجا ومشقة إذا ما قلنا أنه لابد لكل عقد أو شرط من نص شرعى يجيزه ولذا جاءت الشريعة الاسلامية بمبدأ الرضا والاختيار فى المعاملات والعقود والشروط مادامت لا تتعارض مع النصوص الشرعية حتى لا تشل حركة التجارة والبيع والشراء التى اتسعت وتنوعت عقودها وشروطها فى هذا العصر إلى حد كبير لم يعرف فى العصور السابقة ، مما يستدعى وضع حكم شرعى لكل عقد من هذه العقود والشروط . والله تعالى يقول : يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر « وما جعل عليكم فى الدين من حرج » .

وقد ذكر ابن تيمية : أن الحنابلة فيما ذهبوا إليه من توسعهم فى القول بالشروط حتى تساير الأعراف والأحوال ، وتغير الأزمان لم يخرجوا عن الشريعة فيما جاءت به ، وإن ما قاله الإمام أحمد — رضى الله عنه — فى الشروط مبنى على آثار بلغته ولم تبلغ غيره . ثم قال : « وليس فى الفقهاء الأربعة أكثر تصحيحاً الشروط من أحمد وإن عامة ما يصححه من العقود والشروط له دليل شرعى خاص من أثر أو قياس فلا يعارض ذلك بأنه مخالف لمقتضى العقد وقد بلغه فى العقود والشروط من الآثار عن النبى — صلى الله عليه وسلم — وعن الصحابة — رضى الله عنهم — مالم يجده عند غيره » اهـ

ويقول الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه « ابن حنبل » :

« إن علم أحمد بالآثار كان يسعفه فى فتح أبواب للشروط حتى ظن غيره ممن لا يعلم السنة كعلمه أنها مغلقة . فدراسة أحمد للآثار جملته يفهم أن منطق الفقه الأثرى يوجب الإطلاق والإباحة حتى يقوم الدليل على التقييد » اهـ(١) .

وبعد ذكر أثر العرف فى العقود والتصرفات والشروط المقترنة بها إجمالا أذكر بعض المسائل المتعلقة بهذا الموضوع .

١ — عقود التولية والمرابحة والوضيعة

لقد ذكر الغزالى فى الوجيز والرافعى فى شرحه عليه :

« إن الألفاظ المطلقة فى العقود إذا اقترن بها العرف فهو المؤثر فى بيان ما تدل عليه وذكرا منها — التولية والمرابحة والوضيعة » .

والتولية : أن يشترى المرء شيئاً ثم يقول لغيره : وليتك هذا العقد ، فيجوز ويشترط قبوله فى المجلس بأن يقول : قبلت أو « توليت » ويلزمه مثل الثمن الأول الذى اشترى به البائع جنساً وقدراً وصفة من غير زيادة ولا نقص فيه فلا ربح ولا خسارة بالنظر إلى ما دفعه البائع أولا ثمناً للشىء المبيع .

و « بيع المرابحة » وهو بيع الشىء بمثل الثمن الذى اشترى به البائع مع زيادة عن الثمن الذى اشترى به فيربح البائع .

---

(١) يراجع فى ذلك سوى ما تقدم — المجموع للنووى بشرح المهذب ج ٩ ص ٣٦٣ ، ومغنى المحتاج شرح المنهاج ج ٢ ص ٣٧ ، وسبل السلام ج ٣ ص ٧ ، ١١ ، ١٦ ، وابن حنبل ف ٢٢٨ ، ٢٢٩ للشيخ محمد أبو زهرة ، والملكية ونظرية العقد له أيضاً ف ١٤٩ ، والأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ص ٤١٦

و « بيع الوضيعة » هو البيع بأقل من الثمن الذى اشترى به البائع الشىء المبيع فتلحقه الخسارة بالنظر إلى الثمن الذى دفعه ، وقد سماه الرافعى فى الشرح الكبير تبعاً للغزالى « البيع محاطة » أى الحط عن الثمن الذى اشترى به البائع .

ويشترط فى هذه العقود معرفة الثمن الأول لأن تقدير الثمن فى هذه البيوع على أساس الثمن الأول الذى دفعه البائع حتى يتحقق أن الثمن الذى يدفعه المشترى أزيد فى بيع المرابحة أومساو فى التولية أو أقل فى الوضيعة، وذلك لأن مبنى هذه العقود على الاحتراز من الخيانة وشبهتها فى القيميات .

وكذلك اشترطوا فى هذه العقود أن يكون الثمن مثلياً ، لأن هذه العقود لا تنعقد إلا فى المثليات التى لا تتفاوت أفرادها فى القيمة تفاوتاً يعتد به فى اصطلاح الناس وعرفهم ، لأنه فى بيع المرابحة يضاف إلى الثمن ما تعارف الناس إلحاقه به ويسقط الزائد عن المعروف ويحسب ما عداه وفى التولية يباع بنفس الثمن وفى الوضيعة يسقط منه .

ويقول الرافعى فى الشرح الكبير :

إن بيع المرابحة يفرض بعبارات أكثرها دوراناً على الألسن ثلاث :

إحداها : بعت بما اشتريت أو بذلت من الثمن وربح كذا .

الثانية : بعت بما قام على وربح كذا .

ويختلف حكم العبارتين فى الداخل تحتهما وفيما يجب الإخبار عنه .

فإذا ما قال : بعت بما اشتريت لم يدخل فيه سوى الثمن ، وإذا قال : بما قام على دخل فيه مع الثمن أجرة الكيال ، والدلال ، والحمال والحارس ،

والقصار والرفا والصباغ وقيمة الصبغ .. وسائر المؤنات التى تلزم للاسترباح وألحق بها كراء البيت الذى فيه الشىء المباع .

وأما المؤنات التى يقصد بها استبقاء الملك دون الاسترباح فلا تدخل فيه ويقع ذلك فى مقابلة المنافع والفوائد المستوفاة من المبيع ، وما يفعله البائع بنفسه كحمل وكيل وغير ذلك فلا يدخل فيه وذلك كله تبعاً للعرف .

والعبارة الثالثة التى ذكرها الرافعى : أن يقول : « بعتك برأس المال وربحك كذا ، وقد حكى فيها رأيان عبر عنهما بقوله : « فالمذهب الظاهر أنه كما لو قال بما اشتريت لأن السابق إلى الأفهام من رأس المال الثمن » وعن القاضى أبى الطيب : أنه كما لو قال : بما قام على وهو اختيار ابن الصباغ » اه .

وقال الدردير فى الشرح الصغير فى هذا الصدد :

« وحسب أصل ما زاد فى الثمن دون ربحه كأجرة حمل من مكان إلى إلى آخر إذا كانت السلعة فى المكان المنقولة إليه أغلى من المنقولة منه ، وأجرة شد وطى الثياب ونحوه أو الأحمال إذا كانت العادة ذلك فإذا لم تجر عادة وكان شأنه فعل ذلك بنفسه فلا يحسب له أجرة وإن أجر عليه » اه .

وذكر الصاوى فى حاشيته :

« إنه يحسب على المشترى ثمن السلعة وربحه ويحسب عليه أجرة الفعل الذى لأثره عين قائمة وربحها » .

وذكر القرافى فى حديثه عن المرابحة فى الفرق ما يتبع العقد عرفاً وما لا يتبعه .

« وهذا الكلام مع بقية تفاريع هذا الباب كلها مبنية على العوائد وإلا فمن أين لنا ما يحسب ويحسب ربحه وعكسه ، ولولا العوائد لكان هذا تحكماً صرفاً ، وبيع المجهول والغرر فى الثمن غير جائز إجماعاً »(١) .

فكل ما يتعلق بالمرابحة يرجع فيه إلى العرف والعادة وقد قال الكاسانى فى البدائع(٢) : « لا بأس أن يلحق برأس المال أجرة القصار والصباغ والغسال والفتال والخياط والسمسار وسائق الغنم وعلف الدواب ويباع مرابحة وتولية على الكل اعتباراً للعرف لأن العادة فيما بين التجار أنهم يلحقون هذه المؤن برأس المال ويعدونها منه ، وعرف المسلمين حجة قال النبى - صلى الله عليه وسلم - ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » وأما أجره الراعى والبيطار وما أنفق على نفسه فى سفره فلا يلحق برأس المال ويباع مرابحة وتولية على الثمن الأول الواجب بالعقد الأول لأن العادة ما جرت بين التجار بإلحاق هذه المؤن برأس المال وما أنفق على نفسه فى سفره لا يلحق به لأنه لا عادة فيه والتعويل فى هذا الباب على العادة » اهـ .

ويقول السرخسى : « إن عرف التجار يعتبر فى بيع المرابحة فما جرى العرف بإلحاقه برأس المال يكون له أن يلحقه به وما لا فلا » اهـ(٣) .

---

(١) الفروق جـ ٣ ص ٢٨٧

(٢) البدائع جـ ٥ ص ٢٣٤

(٣) المبسوط جـ ١٢ ص ٨٠

وأخيراً فإن التمويل فى هذه العقود على العرف والعادة كما صرح فقهاء المذاهب فيما ذكر ، فإذا جرى عرف التجار بضم شىء غير رأس المال فإنه ينبغى أن يلحق كل ذلك برأس المال من تكاليف السفر والشحن والتفريغ والتخزين والجمارك والتخليص عليها كما هو عرف اليوم وهو المحكم فيما يتعلق بهذه الأمور فما أضافه العرف إلى رأس المال أضيف إليه وإلا فلا .

٢ — بيع الأصول كالأرض والدور والحوانيت يلحق بها ما يندرج تحتها عرفاً

قال القرافى فى الفرق بين قاعدة ما يتبع العقد عرفاً وما لا يتبعه :

« وبيع الأرض يندرج تحته الأشجار والبناء دون الزرع الظاهر كمأبور الثمار فإن كان كامناً فى الأرض اندرج على إحدى الروايتين كما تندرج الحجارة المخلوقة فيها دون المدفونة إلا على القول بأن من ملك ظاهر الأرض ملك باطنها » .

وقال الشافعى — رضى الله عنه — لا يندرج فى الأرض البناء الكثير ولا الغرس أى الذى لا يعرف دخوله فيها عادة عند البيع ، وهو أصح القولين عند الشافعية ، كما ذكره الغزالى فى الوجيز ، إلا إذا قال : « بعت الأرض بما فيها » .

ثم قال القرافى : « وأصول البقول كالأشجار والزروع لا تندرج قطعاً ولا البذور وإن كان كامناً والحجارة إن كانت مخلوقة فى الأرض اندرجت ، وإن كانت مدفونة فلا ، وعلى البائع النقل والتفريغ وتسوية الحفر ، فإن كانت تتعيب به الأرض أو تتعطل به المنفعة فى مدة النقل فله

الخيار عند الجهل بذلك فإن أجازه فالأظهر أن له طلب أجرة المنفعة فى هذه المدة وفى مدة بقاء الزرع وكذلك له طلب أرش العيب » اﻫ .

وقال المالكية :

« يندرج فى لفظ الدار الخشب المسمر والسلم المستقل ويندرج المعدن فى لفظ الأرض دون الكنز » اﻫ .

وقال الإمام أحمد — رضى الله عنه — يندرج فى الأرض البناء والغرس وفى لفظ الدار الأبواب والخوابى المدفونة والرفوف المسمرة . وما هو من مصالحها دون الحجر المدفون لأنه كالوديعة وتندرج الحجارة المخلوقة فيها والمعدن دون الكنز ، وعلى كل فالمتبع فى كل إقليم عرف أهله وما جرى به تعاملهم .

وعند المالكية إذا باع البناء يندرج فيه الأرض كما اندرج فى لفظ الدار التوابيت ومرافق البناء كالأبواب والرفوف والسلم المثبت دون المنقولات . ولفظ العبد يتبعه ثيابه التى عليه إذا أشبهت مهنته دون ماله ، ولفظ الشجرة تتبعه الأرض واستحقاق البناء مغروساً والثمرة غير المؤبرة دون المؤبرة .

وقال الإمام أحمد - رضى الله عنه — لا تندرج الأرض فى لفظ الشجر ، ووافق الإمام الشافعى والإمام أحمد — رضى الله عنهما — المالكية فى الثمار . وقال الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه — هى للبائع مطلقاً .

وجاء فى الموطأ قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — « من باع نخلا قد أبرت فثمرتها للبائع إلا أن يشترطها المبتاع » .

ثم قال القرافى :

لجميع هذه المسائل وهذه الأبواب التى سردتها مبنية على العوائد غير مسألة الثمار المؤبرة بسبب أن مدركها النص والقياس وما عداها مدركه العرف والعادة ، فإذا تغيرت العادة أو بطلت بطلت هذه الفتاوى وحرمت الفتوى لعدم مدركها فتأمل ذلك . بل تتبع هذه العوائد كيفما تقلبت كما تتبع النقود فى كل عصر وحين » اهـ(١) .

٣ — بيع الثمر على الشجر

من العقود التى بنى جوازها على العرف بيع الفواكه والثمار على الشجر مما لا يظهر دفعة واحدة بل يوجد شيئاً فشيئاً بالتتابع — أى يوجد لقطة لقطة .

وقد اشترط المالكية كما ذكر الشيخ خليل : « ظهور الصلاح وبدوه والتهيؤ للنضج وفى ذوى النور كالورد ونحوه بانفتاحه وفى البقول بإطعامها وهذا شرط لا بد منه فى الجميع(٢) .

وقد ذكر ابن القيم فى إعلام الموقعين : إن جواز بيع الثمار على الأشجار إذا بدأ صلاحها دفعة واحدة لتعامل الناس به هو مذهب الليث بن سعد — رحمه الله تعالى — وفى إجازة هذا البيع تخفيف على الناس ومصلحة وتيسير لمعاملاتهم ومبادلاتهم التجارية(٣) .

---

(١) يراجع الفروق ج ٣ ص ٢٧٦ — ٢٧٨ ودرر الحكام ج ٢ ص ١٤٩ ، ١٥٠ . والشرح الكبير للرافعى بهامش المجموع للنووى ج ٩ ص ١٨ — ٤٠ — ٦٣ ، وما بعدها . والصاوى على الدردير ج ٢ ص ٧٦ والبهجة ج ٢ ص ١٢

(٢) الدردير على خليل ج ١ ص ٨٠ .

(٣) يراجع أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٦٠ .

وقال عز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام(١) :

« إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها والتمكن من سقيها بمائها الآن هذين مشروطان بالعرف فصارا كما لو شرطاهما باللفظ . . فإن قيل : فلم يصح هذا الاشتراط . هنا ، قلنا : لأن الحاجة ماسة إليه وحاملة عليه فكان من المستثنيات تحصيلا لمصالح هذا العقد » اهـ .

وظاهر مذهب الحنفية : أن هذا العقد غير جائز للجميع فيه بين الموجود والمعدوم ، ومن القواعد المقررة فى مذهبهم أن المعدوم لا يقبل البيع وحصة الموجود من الثمن مجهولة غير معلومة فلا يمكن تصحيحه بالنسبة للموجود من المبيع فلا يجوز العقد ، ولكن ذكر السرخسى فى المبسوط «أن محمد ابن الحسن أجاز بيع الورد على الأشجار ونحوه مما يتلاحق وجوده ويتتابع ظهوره شيئاً فشيئاً .

وكذلك أفتى بعض علماء الحنفية بجوازه مثل شمس الأئمة الحلوانى ومحمد بن الفضل حيث تعورف عليه وتعامل به الناس فى بيع ثمار الكروم بهذه الصفقة ، وعللوا ذلك : بأن عادة الناس التعامل به وفى نزع الناس عن عادتهم المألوفة ، فى المبادلات المالية حرج بين وعسر شديد وبذلك عدلوا عن ظاهر المذهب ، ويقول ابن الفضل فى ذلك :

« أستحسن - فيه الجواز — لتعامل الناس فإنهم تعاملوا بيع ثمار الكروم بهذه الصفة ولهم فى ذلك عادة ظاهرة وفى نزع الناس عن عاداتهم حرج بين » .

---

(١) جـ٢ ص ١٢٦ ، ١٤٥

ويقول الشيخ أحمد فهمى أبو سنة فى هذا الصدد :

« وكون هذا من بيع المعدوم المنهى عنه وتصريح ظاهر المذهب ببطلانه لا يمنع ما أفتوا به لأن العرف كما علمنا يخص الأدلة ويعدل به عن ظاهر المذهب وقول السرخسى : لا ضرورة تمنع من العمل بظاهر المذهب ممنوع » اهـ .

وعلى ذلك فإن الحرج المترتب على منع ما اعتاده الناس مسوغ لمخالفة الحلوانى وابن الفضل لظاهر المذهب تبعاً للإمام محمد بن الحسن .

وقد ذكر ابن عابدين أن هذا يرد إلى دلالة النص المبيح للسلم ، وهو قوله — ﷺ — « من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم » فإنه رخص فى بيع المعدوم فى السلم للحاجة وهذه الحاجة موجودة فى مسألتنا .

والراجح ما ذهب إليه الإمام مالك — رضى الله عنه — وبعض أصحاب الإمام أحمد — رحمه الله تعالى — وابن القيم وشمس الأئمة الحلوانى ومحمد بن الفضل ، وهو ما ذهب إليه الإمام الشافعى — رضى الله عنه — وإن اختلف التعبير عن جواز المسألة فإن كلا من الضرورة والعرف يخصصان الأدلة وهما مستند الفتوى والحكم فى هذه المسألة ، ويؤيد القول بهذا الرأى ملاءمته لمقاصد الشريعة لما فيه من التيسير ورفع الحرج ، وكذلك قالوا : إن القياس يترك على طريق الاستحسان بالعرف والضرورة والحاجة الماسة إلى مثل هذا النوع من التعامل .

وأما لو باع الشجر دون الثمر فقد ذكر جمهور الفقهاء : أنه ليس لمشترى الأشجار أن يكلف البائع قطع الثمار بل له الإبقاء إلى أوان القطف ،

والجذاذ تبعاً للعرف إلا أن شرط القطع فى الحال — وهو قول المالكية والشافعية والحنابلة » .

وقال الإمام أبو حنيفة - رضى الله عنه - يلزمه القطع فى الحال ولو شرط الإبقاء فسد العقد .

« ورد أن مطلق العقد محمول على المعتاد . والمعتاد فى الثمار الإبقاء وإذا كانت الثمرة من نوع يعتاد قطعها قبل النضج يكلف القطع . لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً » .

وأما قول الحنفية : إن شرط إبقاء الثمر إلى نضجه يفسد العقد . فيرد عليه : بأن هذا مخالف لما قلتموه ، من أن الشرط المتعارف والذى هو من مقصود العقد مستثنى من النهى عن بيع وشرط . وعللتم سبب النهى ، بأن الشرط قد يفضى إلى النزاع بين العاقدين ، وأما الشرط المتعارف فإنه لا يكون مفضياً إلى النزاع وقلتم كذلك أن العرف قاض على القياس وعلى ذلك يكون قول الجمهور فى هذه المسألة موافق لأصل الحنفية فى اعتبار العرف فى التشريع لا يختلف معه .

يقول الرافعى فى الشرح الكبير :

« وعندنا مقتضى الإطلاق والإبقاء بناء على العادة كما تنزل الدراهم المطلقة على النقد الغالب والإجارة المطلقة على المنازل المعهودة فى الطريق والتسليم يجب بحسب العادة ، ألا ترى أنه لو باع دار فيها أمتعة كثيرة لا يلزمه نقلها فى جنح الليل وأن يجمع كل حمال فى البلد لتعجيل التسليم ولكن ينقل على العادة » اهـ .

وعلى هذا فالقول باعتبار العرف فى هذه المسألة هو الموافق لرأى

الجمهور وأصول الشريعة وقواعدها العامة مراعاة للضرورة ورفع الحرج عن المكلفين(١) .

٤ — مما يتعلق بعقد البيع

« الخيار في البيع » و « العيوب في المبيع » و « القول في ثمن المبيع » و « الغبن في البيع » وهذه المسائل للعرف أثر كبير في بيان أحكامها . وتفصيل ذلك فيما يلي :

أولا : الخيار في البيع وهو أنواع :

١ — خيار الشرط وهو أن يشترط أحد العاقدين الخيار مدة من الزمن .

٢ — خيار الرؤية ، وهو أن يشترى ما لم يره ويرده باختياره .

٣ — خيار المجلس ، وهو أن يكون لكل من البائعين الخيار ما لم يتفرقا .

٤ — خيار العيب ، وهو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب ، وسيأتي الحديث عنه في المسألة التالية « العيوب في المبيع » .

(١) أما خيار الشرط فهو أن يشترط أحد المتبايعين على الآخر أنه لا يتم العقد بينهما حتى يختبر الشيء المبيع ويعرف هل وافق الصفة التي يريد شراءه عليها أم لا ، وهو جائز الوقوع وأن البيع يعتبر موقوفاً على ما يحدث بعد المدة التي اشترطت للخيار .

---

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم : رسائل ابن عابدين ج ٢ ص ١٣٩ والمبسوط للسرخسي ج ١٢ ص ١٩ وما تقدم في العرف وتخصيص العام » والعرف والقياس » والعرف والاستحسان » .

(٢) وأما خيار الرؤية وهو أن يشترط رؤية المبيع أو أنموذج منه ويعتبر العقد موقوفاً إلى أن يرد المبيع أو يشتريه باختياره .

وقد قال رسول الله — صلى الله عليه وسلم — فيما أخرجه البيهقى وابن أبى شيبة عن مكحول مرسلا « من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه إن شاء أخذه وإن شاء تركه » .

فهذا الحديث قد أثبت الخيار المشترى إذا كان لم ير الشىء المبيع ويعرف حقيقته فإن كان قد رآه فلا خيار له بالشرط إذا اشتراه ووقع العقد بينه وبين البائع عملا بالأصل فى البيع .

وقد ذكر النووى فى المجموع بعد أن ذكر بعض الأحاديث فى هذه المسألة وبين ضعف إسنادها إن أقوى ما يحتج به فى ثبوت الخيار الإجماع حيث يقول : بعد أن أورد حديث (إذا بايعت فقل لا خلابة) . (اعلم أن أقوى ما يحتج فى ثبوت خيار الشرط الإجماع ، وقد نقلوا فيه الإجماع وهو كاف) . ثم ذكر أن الحديث المذكور يحتج به وإن كان مرسلا لأنه الإمام الشافعى — رضى الله عنه — يقول : (إن المرسل إذا اعتضد بمرسل آخر أو بمسند أو بقول بعض الصحابة أو بفتيا عوام أهل العلم احتج به وهذا المرسل قد وجد فيه ذلك لأن الأمة مجمعة على وجوب شرط الخيار ثلاثة أيام) اهـ .

والخيار الذى يشترط لمعرفة الشىء أو المبيع أو رؤيته ، إما أن يتحقق برؤية الكل أو برؤية البعض ، فالأول مثلا أن يشترى ثوباً ويراه ، وفى رؤية البعض أن يرى بعض ما لا تتفاوت آحاده كالكيلى والوزنى والعددى المتقارب .

والضابط فى ذلك يرجع للعرف عند البيع برؤية المبيع أو بعض منه فإذا ما رأى الشىء المبيع ورضيه سقط الخيار .

ويسقط الخيار للمشترى بالرضا صراحة أو دلالة بعد الرؤية كما يسقط ما يوجب حقاً للغير كما لو باع الشىء الذى اشتراه قبل رؤيته ، ويعلل ذلك بأن الخيار شرع لدفع الضرر عن المشترى إذ قد يجد ما اشتراه لا يصلح له أو غير ملائم لحاجته حيث لم يره ، فإذا ألزم به فإنه يتضرر . ومن قواعد الشريعة الإسلامية الدالة على نفى الضرر (لا ضرر ولا ضرار) و (الضرر يزال) وذلك بقدر الإمكان .

وكذلك إذا باع البائع ما لم ير لا يثبت له الخيار بنص الحديث المتقدم، لأن الحديث لم يثبته إلا لمن اشترى ، ووجه ذلك أن غاية الشراء عادة هى استعمال عين الشىء فى سد حاجة المشترى وقد يتبين أنه غير ملائم لهذه الحاجة بخلاف البائع فإن حاجته إلى الثمن لا إلى عين المبيع فلا يتأتى فى جانبه هذا الاعتبار .

أما فى اشتراط الخيار إلى أجل فى الشىء المبيع فقال المالكية :

يكون الأجل بقدر ما يختبر فيه الشىء المبيع عادة وعرفاً ، إذ أصل العقد الصحة لولا الجهالة وقد أمكن رفعها بعد اختبار المبيع حسبما يقتضيه العرف والعادة .

وأما إذا كان الأجل غير معلوم فان البيع فاسد ويرد الشىء المبيع إذا كان موجوداً ويضمن المشترى قيمته إذا مات أو تلف ، أما إذا كان الأجل معلوماً بالعرف أو حال السلعة ولم يضربا له أجلا جاز البيع ، وقد جاء فى المدونة :

« من ابتاع شيئاً بالخيار ولم يضربا له أجلا جاز البيع وجعل له من الأمد ما ينبغي في تلك السلعة » .

أما الشافعية فقد ذكر النووي في المجموع :

« إنه يصح شرط الخيار بالإجماع إذا كانت مدته معلومة ، ولا يجوز عند الشافعية أكثر من ثلاثة أيام مبيناً أن ذلك دل عليه الحديث الشريف ، ولأن الحاجة لا تدعو إلى أكثر من ذلك غالباً » ثم قال :

« وكان مقتضى الدليل منع شرط الخيار لما فيه من الغرر ، وإنما جوز للحاجة فيقتصر فيه على ما تدعو إليه الحاجة غالباً وهو ثلاثة أيام ، هذا هو المشهور في المذهب وتظاهرت عليه نصوص الشافعي — رحمه الله تعالى — وقطع به الأصحاب في جميع الطرق ، وفيه وجه أنه يجوز أكثر من ثلاثة أيام ، إذا كانت مدة معلومة ، وهو قول ابن المنذر « قاله في الإشراف » واحتج بقول النبي — صلى الله عليه وسلم — « المؤمنون على شروطهم » اهـ .

وقول ابن المنذر يكاد يتفق ورأي المالكية ، لأنه حيث ترك بيان المدة فذلك في الغالب يرجع إلى العرف والعادة في اختبار الشيء المبيع ، وهذا هو الذي يتفق وروح الشريعة وطبيعة الأشياء ، فجوازه في كل شيء بقدر الحاجة إلى الاختبار فيه ، وهو مذهب الإمام أحمد وأبي يوسف ومحمد ابن الحسن وإسحاق بن راهوية وأبي ثور وغيرهم .

وذكر الفقهاء أن البيوع التي يشترط فيها التقابض في المجلس كالصرف وبيع الطعام بالطعام أو يشترط فيها القبض في أحد العوضين كالسلم لا يجوز شرط الخيار فيها بلا خلاف .

قال صاحب المهذب :

« ويجوز شرط الخيار ثلاثة أيام فى البيوع التى لا ربا فيها ، فأما فى البيوع التى فيها الربا وهى الصرف وبيع الطعام بالطعام ، فلا يجوز فيها شرط الخيار لأنه لا يجوز أن يتفرقا إلا عند قبض العوضين فلو جوزنا شرط الخيار لتفرقا ولم يتم البيع بينهما » اهـ .

٣ — خيار المجلس :

يشترط فى البيع الخيار عند العقد فإن لم يشترط فلا خيار ولو بالمجلس عند المالكية وأبى حنيفة وهو قول الفقهاء السبعة لما ورد فيما رواه عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — أن النبى — صلى الله عليه وسلم — قال :

« إذا تبايعا الرجلان فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا وكانا جميعاً أو يخير أحدهما الآخر فإن خير أحدهما الآخر فتبايعا على ذلك فقد وجب البيع وإن تفرقا بعد أن تبايعا ولم يترك واحد منهما البيع فقد وجب البيع » .

وقد ثبت خيار المجلس بهذا الحديث عن جماعة من الصحابة منهم على — كرم الله وجهه — وابن عباس وابن عمر — رضى الله عنهما — وغيرهم وإليه ذهب أكثر التابعين والفقهاء وقد قالوا : « إن التفرق الذى يبطل به الخيار هو ما يسمى عادة تفرقاً » .

وقد قال المالكية : « إن التفرق هو التفرق بالقول ، ومتى تفرق المتبايعان بالقول فلا خيار إلا إذا شرط مستدلين بقوله تعالى : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » وقوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » . والإشهاد إن وقع قبل التفرق لم يصادف محله ، وإن وقع بعده لم يطابق الأمر — أى أن ذلك يكون أثناء حصول العقد الذى يتم بالقول من البائع

والمشترى أو الإيجاب والقبول ، ولما كان الحديث يحتمل أن يكون قوله – صلى الله عليه وسلم – « ما لم يفترقا » أى من مجلس البيع ويحتمل التفرق بالقول رجعنا إلى العرف ، وكان عرف أهل المدينة التفرق بالقول ، وعلى ذلك فإنه متى تم الإيجاب والقبول بين العاقدين وأخذ البائع الثمن والمشترى الشىء المبيع فلا خيار بعد ذلك ، وهذا هو قول فقهاء الحنفية والهادوية والإمامية وقال ابن حزم : لا نعلم لهم سلفاً إلا ابراهيم النخعى .

وقال غيرهم : إن الخيار خيار المجلس ، وهو يمتد إلى حدوث التفرق بالأبدان ، وهو مذهب الإمام الشافعى والإمام أحمد وإسحاق بن راهوية ، والإمام يحيى من الزيدية واستدلوا بقوله – صلى الله عليه وسلم – « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » فحمل التفرق على التفرق بالأبدان .

ولكن قال النووى فى المجموع ، بعد أن ذكر خلاف الفقهاء فيما يعد تفرقاً لاخيار بعده (قال أصحابنا ، والرجوع فى التفرق إلى العادة فما عده الناس تفرقاً فهو تفرق ملتزم للعقد ومالا فلا) اهـ .

ولما اشترطوا فى البيوع قبض الشىء المبيع وقد ورد القبض فى الشرع مطلقاً ، قالوا : يرجع فى القبض إلى العرف ، وقال النووى قال أصحابنا :

« الرجوع فى القبض إلى العرف وهو ثلاثة أقسام :

أحدها – العقار والثمر على الشجر فقبضه بالتخلية .

الثانى – ما ينقل فى العادة كالأخشاب والحبوب فقبضه بالنقل إلى مكان لا اختصاص للبائع به .

الثالث – ما يكون بالتناول باليد كالدراهم والدنانير والمنديل والثوب

ونحو ذلك فقبضه بالتناول »[1] .

٤ — خيار العيب أو العيوب فى البيع :

إن عقد البيع المطلق عن قيد البراءة أو السلامة فى المبيع ينصرف إلى أن المبيع سليم من العيوب ويحمل على السلامة وللمشترى إذا وجد عيباً أن يرجع على البائع إذا كان العيب مما ينقض المبيع إذا اطلع المشترى على العيب بعد تسلم المبيع ، ولم يكن قد رأى العيب أثناء القبض ، أو وقت إنشاء العقد أو رآه ولم يعلم أنه عيب فى عرف التجار وأرباب الخبرة . وإذا شاء المشترى أخذ المبيع ولا يرده إلى البائع ويسترد منه الثمن فهو على ما أراد . وقد يشترط المشترى أنه إذا وجد المبيع معيباً أن يرده إلى بائعه وهذا هو خيار العيب .

وقد ثبت حق الرد للمشترى فى حالة وجود العيب لئلا يتضرر بالزامه بأخذ شيء لم يرض به والبيع لا يقوم إلا على الرضا من العاقدين .

وإذا كان المبيع معيباً ولم يبين البائع العيب كان تغريراً بالمشترى وكل بيع فيه غرر ممنوع وحرام : وقد قسم المالكية العيب إلى قسمين :

أحدهما — ظاهر لا يخفى عند تقليب الشيء المبيع أو النظر إليه سواء أكان ذا بصيرة بالعيوب أو لا .

---

(١) يراجع فى ذلك الحطاب على خليل ج ٢ ص ٤٦٥ وشرح الخرشى على خليل ج ٥ ص ٨٣ والبهجة ج ٢ ص ٦٤ وقواعد الأحكام ج ٢ ص ٨٤ والمجموع للنووى بشرح المهذب ج ٩ ص ١٧٠ ، ١٨٢ ، ١٨٨ ، والبحر الرائق ج ٦ ص ٢٥ ، وما تقدم فى الباب الأول ص ٤٦ والبدائع ج ٥ ص ٢٧٣ والمواد (٣٢٠ — ٣٣٥) من المجلة والمدخل الفقهى العام للزرقا ج ١ ص ٣٦٩ .

الثانى — قسم يخفى ولا يعرف إلا أصحاب البصر بالعيوب ، وهذان القسمان يثبت بهما الرد .

هذا والمعول عليه والمرجوع إليه فى معرفة العيب وتقديره هو العرف والعادة فكل ما أوجب نقصان القيمة فى عرف أهل الخبرة عند أصحاب الدراية بالسلعة المبيعة كالصناع والتجار والزراع وغير ذلك رد به المبيع ، وذلك لأن أرباب كل صناعة أو تجارة لهم خبرة فى عيوبها ومايوجب النقص فيها ، فإذا ما قرروا أن فى المبيع عيباً يستوجب نقص الثمن فى عرف الناس وتعاملهم يثبت للمشترى حق رده إلى البائع واسترداد ما دفعه من الثمن .

وفى نفى العيب يكون القول للبائع فى نفى العيب أو قدمه إلا بشهادة عادة للمشترى ويحلف من لم يقطع بصدقه ، وقال المالكية : ويقبل فى هذه شهادة غير العدول للعذر » .

وإذا كان المبيع من الحبوب كالقمح والشعير والسمسم ووجد المشترى أن بعض المبيع فاسد غير صالح فإذا كان الفاسد لا يعد كثيراً فى العادة والعرف فالبيع صحيح ولازم ولا يكون للمشترى حق رده إلى البائع ، لأنه قلما تخلو هذه الأشياء من كون بعضها غير صالح ولا يمكن الاحتراز عنه . وقد جرى العرف بذلك إلا إذا زاد الفاسد عن المعتاد فإنه يرد لأن ذلك لا يتسامح فيه عادة . وقال الحنابلة :

« يثبت خيار العيب للمشترى بالعيوب الموجبة لنقص المالية فى عادات التجار لأن المبيع إنما صار محلا للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً ، والمرجع فى ذلك إلى العادة فى عرف التجار » اهـ .

وكذلك إذا كان الشىء عيباً فى العادة رد به المبيع فإذا تغيرت

العادة بحيث لم يعد يعد عيباً لم يرد به المبيع فالمرجع فى ذلك للعرف والعادة(١) .

ثالثاً — القول فى ثمن المبيع :

إذا عين العاقدان مقدار الثمن دون الوصف ووجدت فى بلد البيع أنواع من النقود مختلفة فى المالية والرواج أو مختلفة فى أحدهما دون الآخر انصرف الثمن إلى النقد الغالب فى التعامل بين الناس فى بلد البيع .

ومثال ذلك إذا كان التعامل فى بلد بالجنيه المصرى والدولار والجنيه الاسترلينى ، فإن كانت هذه الأنواع متساوية فى المالية والرواج أو مختلفة فيهما أو متساوية فى أحدهما دون الآخر فإن البيع يفسد فى حالة واحدة ، وهى ما إذا اختلفت فى المالية دون الرواج .

وذلك لأن النقد المطلق فى هذه الحالة لا يمكن صرفه إلى نوع دون غيره لما يلزم عليه من ترجيح أحد الأنواع من غير مرجح ويكون تعيين أحدها تحكما ، كما أصبح فى الثمن نوع غرر وجهالة مما يفضى إلى النزاع بين المتعاقدين لأن البائع يريد أخذاً الأكثر فى المالية دائماً والمشترى يريد دفع الأقل فلا يتحقق المقصود من مشروعية العقد وهو دفع حاجة العاقدين بلا منازعة بينهما ، وحينئذ يشترط تعيين الثمن أو النوع الذى يدفع منه وإلا فسد العقد .

وأما فى الصور الباقية فيصح البيع ، وهى ما إذا كانت النقود متساوية

---

(١) يراجع فى ذلك سوى ما تقدم « البهجة شرح التحفة » ج ٢ ص ٤٠ ، ١٠٨ ، والشرح الكبير على المقنع مع المغنى لابن قدامة ج ٤ ص ٧٦

فى المالية والرواج فنى هذه الحالة يدفع المشترى أى نوع منها ، وإذا اختلفت فى المالية والرواج مما يتعين الأغلب تبعاً للعرف .

ويقول الإمام القرافى – رضى الله عنه – فى الأحكام :

« إن المعاملات إذا أطلق فيها الثمن يحمل على غالب النقود ، فإذا كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه . فإذا انتقلت العادة إلى غيره عيناً ما انتقلت العادة إليه وألغينا الأول لانتقال العادة عنه » اهـ .

ويذكر الزيلعى أن مطلق الثمن ينصرف إلى الغالب فى النقد ، لأن ما جرى به التعامل كأنه نص عليه فى العقد فيقول فى تبيين الحقائق :

« إن مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد وينصرف إلى التعامل به فى بلده لأن المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص » .

ويقول الشيرازى فى المهذب :

« ولا يجوز البيع إلا بثمن معلوم الصفة فإن باع بثمن مطلق فى موضع ليس فيه نقد متعارف لم يصح البيع لأنه عوض فى البيع فلم يجز مع الجهل بصفته كالمسلم فيه فإن باع بثمن معين تعين لأنه عوض فتعين بالتعيين كالمبيع » اهـ .

ويقول النووى فى شرحه لهذه العبارة :

« فان كان فى البلد نقد واحد أو نقود لكن الغالب واحد منها انصرف العقد إلى ذلك النقد الواحد أو الغالب ، وإن كان فلوساً انصرف إليها عند الإطلاق ، صرح به البغوى والرافعى وغيرهما ، فإن عين ذلك فى العقد تعين » اهـ .

وما فرعه النووى بعد ذلك من مسائل فى هذا الموضوع يفهم منها : «أن مطلق الثمن ينصرف إلى النقد المتعارف أو الغالب إن كانت هناك نقود متعددة أو مختلفة ، إلا أنه قال : « إذا كان فى البلد نقدان أو نقود لا غالب فيها — بمعنى أنها متساوية فى المالية والرواج — لم يصح البيع هناك حتى يعين نقداً منها ، وهذا لا خلاف فيه — أى عند الشافعية — لأنه ليس بعضها أولى من بعض » اهـ .

ويمكن الرد على ذلك ، بأن السبب الذى منع من صحة البيع فى حالة عدم تعيين الثمن أو الجهل به المؤدى إلى الغرر غير متحقق فى هذه الصورة طالما تساوت النقود ولم يغلب نوع منها على الآخر ، وعليه فلو دفع أى نوع منها جاز .

وأما إذا كان الثمن عروضاً فهل ينصرف عند الإطلاق على النوع الغالب كالنقود أم فيه خلاف ؟

قال بعض الفقهاء إنها كالنقود فيما ذكر ، وقال بعضهم ليست كالنقود لأنها تختلف بخلاف النقد فانه لا يختلف ، وقد مال النووى فى المجموع إلى الرأى الأول ومثل المسألة ، بأن يبيع صاعاً من الحنطة بصاع منها أو شعير فى الذمة ، وتكون الحنطة والشعير الموجودان فى البلد صنفاً معروفاً أو غالباً لا يختلف ثم يحضره بعد العقد ويسلمه فى المجلس .

وقد ذكر الفقهاء أنه إذا باع بنقد متعارف ثم انقطع النقد فيجوز استبداله بالنقد الجديد ، وقال بعضهم : إن البائع مخير إن شاء أجاز البيع بذلك النقد وإن شاء فسخ العقد ولو جاء المشترى بالنقد الجديد لم يلزم البائع قبوله ، وهذا هو قول الشافعية ، وهذا يمكن أن يقال فيما إذا اختلف النقدان أما إذا اتفقت ماليتهما وراج الثانى ، وجرى به التعامل

بين الناس فيجب على البائع حينئذ قبول النقد الجديد ولا ينفسخ العقد . وهذه إحدى الروايتين عن الإمام أبي حنيفة — رحمه الله تعالى — وهو الذى أميل إليه .

ومما خرجه الفقهاء على ذلك : أنه إذا باع فى بلد يتعامل أهلها بنقد معين ثم لقى البائع المشترى فى بلد لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد فدفع إليه النقد المعقود عليه فامتنع عن قبضه وأراد أن يأخذ الثمن من نقد البلد الذى لقيه فيه فهل له الامتناع عن قبضه ؟ ذكر النووى فى هذه المسألة ثلاثة أوجه :

الأول : وهو الصحيح عند الشافعية ليس له الإمتناع بل يجبر على أخذه لأنه المعقود عليه كما لو باعه بحنطة فلم يقبضها حتى رخصت .

الثانى : لا يجبر على أخذها وله الإمتناع منه كما لو سلم إليه فى موضع مخوف .

الثالث : إن كان البلد الذى يدفعه فيه لا يتعامل الناس فيه بذلك النقد أيضاً لم يجب عليه وإن كانوا يتعاملون به بوكس لزمه أخذه وأجبر عليه .

تأجيل الثمن أو تعجيله :

إذا لم يبين فى عقد البيع أن الثمن مؤجل أو معجل انصرف إلى أن الثمن معجل فيجب على المشترى دفع الثمن لأن مقتضى العقد إذا أطلق وجوب تعجيل الثمن حيث لم يشترط تأجيله لأن المشترى استوفى حقه بأخذ المبيع وتسلمه فيستوفى البائع حقه فى أخذ الثمن . وهذا إذا لم يوجد عرف للعاقدين بتأجيل الثمن أو بعضه إلى أجل معلوم لأن التأجيل إلى أجل مجهول لا يجوز .

ولو كان الأجل إلى العطاء أو الحصاد مثلا . مما يعرف أنه يقع فى مدة معينة فقد اعتبره الشافعية من الآجال المجهولة ، وقد روى ذلك عن ابن عباس وأبى حنيفة — رحمهما الله تعالى .

وقال الإمام مالك وأحمد وأبو ثور — رضى الله عنهم :

« يجوز البيع بثمن إلى الحصاد والعطاء والدياس ونحو ذلك لأنه معروف ، وقد جرى تعامل الناس بذلك . قال ابن المنذر من الشافعية : وقد روينا ذلك عن ابن عمر — رضى الله عنهما — كما قال ابن أبى ليلى : إذا باع إلى العطاء صح وكان الثمن حالا » اهـ .

وهذا المذهب نظر إلى أن الأجل هنا ليس مجهولا بالمعنى الذى يؤدى إلى الجهالة والغرر المنهى عنهما شرعاً وذلك لأنه يقع فى مدة معلومة ومعينة ، وجريان التعامل به يرجح الأخذ به .

وأخيراً فإنه إذا جرى العرف بتأجيل الثمن أو بعضه فإنه يعمل بموجب العرف والعادة فى ذلك إلا إذا اشترط خلاف ماجرى به العرف فإنه يعمل به ولا اعتبار للعرف حينئذ[١] .

رابعاً — الغبن فى البيع :

الغبن هو شراء السلعة بأكثر من القيمة بكثير ، أو بيعها بأقل من القيمة فيغبن البائع فلكل من المشترى والبائع القيام بالغبن إذا وقع عليهما .

---

(١) يراجع فى ذلك الحطاب على خليل ج ٤ ص ٤٧٠ والبهجة شرح التحفة ج ٢ ص ٦٦ والأحكام للقرافى ص ٦٨ والشرح الصغير للدردير ج ٢ ص ٤ وما بعدها والمادة (٢٥١) من المجلة وتبصرة الحكام لابن فرحون ج ٢ ص ٦٥ وتبيين الحقائق ج ٤ ص ٥ والمجموع للنووى ص ٣٢٨ — ٣٤٠

والغبن إما يسير وإما غير يسير .

أما الأول : فقد يوجد فى أغلب المعاوضات وغالباً ما يتسامح الناس فى مثله ، وقال الفقهاء ، فى الغبن اليسير إنه ما كان داخلا تحت تقويم المقومين — أى تقدير الخبراء المبيع ، فإذا باع شيئاً بتسعين وقومه أحد الخبراء بتسعين والآخر بثمانين ، والثالث بمائة كان يسيراً لأن النقص ليس متحققاً .

وأما غير اليسير : وهو الغبن الفاحش ، فهو ألا يكون داخلا تحت تقويم المقومين .

ومن الفقهاء من قدر الغبن الفاحش حسب نوع المال فحدده فى العروض بما يعادل نصف العشر وفى الحيوان بالعشر ، وفى العقار بالخمس ، فإذا لم يصل الغبن إلى هذا الحد كان يسيراً وقد أخذت مجلة الأحكام العدلية بهذا الرأى فى المادة (١٦٥) .

أما الإمام أحمد — رضى الله عنه — فقد قال : لا تحديد للغبن وترك ذلك للعرف والعادة ، وقال الإمام مالك — رضى الله عنه — فى الغبن الفاحش ، إنه ما بلغ الثلث لقوله — صلى الله عليه وسلم — « والثلث كثير » والحديث وإن ورد فى غير البيع إلا أنه لا يمنع من الدلالة على المطلوب .

ولكن مشهور مذهب المالكية : يوافق مذهب الإمام أحمد — رضى الله عنه — حيث قالوا : « إنه يرجع فى ذلك إلى العرف والعادة إذا باع بما لا يتغابن الناس بمثله ولو دون الثلث » .

وقال صاحب الشرح الكبير على المقنع من الحنابلة :

« ولا تحديد للغبن فى المنصوص عن أحمد — رضى الله عنه — وحدده بعضهم بالثلث وهو قول مالك — رضى الله عنه — لقوله — صلى الله عليه وسلم — « والثلث كثير » وقيل السدس ، والأولى تحديده ، بما لا يتغابن الناس به عادة ، لأن ما لم يرد الشرع بتحديده يرجع فيه إلى العرف اهـ .

فالعرف فى ذلك هو المعول عليه فى بيان الغبن الفاحش أو اليسير ، وهذا هو رأى جمهور الفقهاء[1] .

٥ — أثر العرف فى عقد الزواج وما يتعلق به

١ — أن عقد الزواج من أهم العقود شأناً وأعظمها أثراً فى حياة الإنسان ، حيث أنه يعقد على عمل الدوام والبقاء ، وقد كانت عناية الشارع به عناية كبيرة لأهميته وخطره ، والنكاح يترتب عليه من الآثار وما يبقى بقاء الزمان من ثبوت النسب وربط العائلات بعضها ببعض عن طريق المصاهرة بين الأثر وثبوت التوارث بينهما ، ولذا احتاط الشارع فيه أكثر من غيره من العقود وخصه من بينها بالإشهاد عليه وإعلانه .

ومع ذلك فإن للعرف اعتباراً فى صيغته عند الفقهاء « كما سلف فى الكلام على الصيغ والعرف »[2] .

٢ — وأما الشروط فى عقد الزواج ، وهى على ضوء ما تقدم فى بحث

---

(١) يراجع البهجة ج ٢ ص ١٦٦ والبدائع ج ٦ ص ٣٠ والشرح الكبير على متن المقنع ج ٤ ص ٧٦

(٢) يراجع ما تقدم فى بحث صيغة التصرف .

الشروط فى العقود عموماً . فالشرط الصحيح يجب الوفاء به وغيره لا يجب الوفاء به .

ومن الشروط الصحيحة الشرط المتعارف ، كاشتراط تعجيل المهر أو نصفه أو تأجيل بعضه لأقرب الأجلين ، الطلاق أو الموت ، فإن الشرط صحيح ويجب العمل بموجبه إذا جرى بذلك عرف .

هذا وللزوجة الامتناع عن طاعة زوجها ما دامت لم تقبض المعجل من الصداق عرفاً وتستحق النفقة حتى تقبضه ولا تعد ناشزاً .

ويتأكد الشرط فى الزواج بقول النبى ﷺ :

« إن أحق الشروط أن توفوا به ما استحللتم به الفروج » .

أما الشرط الفاسد فإذا اقترن بعقد النكاح فإنه يكون لاغياً ويصح العقد(١) .

٣ — اعتبار الكفاءة فى الزواج :

إن الشريعة الإسلامية بتشريعها الذى يرتبط ارتباطاً وثيقاً بعقد الزواج راعت مصالح الأسرة وأرشدت إلى ما يضمن تحقيقها ، ومن ذلك « الكفاءة فى الزواج » ولم تجعل الكفاءة شرطاً فيه بل تركت ذلك للأولياء فإن شاءوا تمسكوا بها وإن شاءوا تركوها .

وصفات الكفاءة التى ذكرها الفقهاء كما يؤخذ من كلامهم ستة ، وإن لم يتفقوا عليها كلها ، فقد ذكر ابن القاسم — من المالكية : أن الكفاءة فى الزواج بعد الإسلام تكون :

---

(١) يراجع ما تقدم فى « العرف والشروط المقترنة بالعقد » .

١ — المال ٢ — الحال وزاد ابن الماجشون ٣ — الدين بمعنى الإسلام وعدم الفسق ٤ — واعتبرت أيضاً الحرية » . . أما الحال فهو السلامة من العيوب . والمال بأن لا يكون فقيراً فقراً يعجزه عن دفع الصداق والنفقة على الزوجة وما سوى ذلك من حقوق الزوجية .

وهذه الأربع لابد منها على الراجح من مذهب المالكية وإن كان فيها خلاف عدا الإسلام .

وذكر بعضهم « الحرفة والنسب » فتكون الكفاءة فى هذه الأمور الستة وهى :

« الإسلام والديانة » بمعنى الصلاح والاستقامة و « النسب والحرية والمال والحرفة » .

وهذه الصفات منها ما ثبت بالنص مثل قول النبى ﷺ : « إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد كبير » . فصفة الدين والخلق أهم صفاتها .

وما لم يثبت فيه نص من صفات الكفاءة فإنه يرجع فيه إلى العرف . وصرح الشوكانى فى نيل الأوطار : أن الكفاءة فى النسب لم يثبت فيها نص من الشارع .

وقال الفقهاء : إن الكفاءة فى النسب معتبرة بالنسبة إلى العرب إلا بالنسبة للأعاجم وعللوا ذلك بأن العرب يتفاخرون بالأنساب ويحافظون عليها ويعتزون بها بخلاف غيرهم . ولو وجد عند غير العرب اعتزاز بالأنساب مثل طبقات النبلاء وغيرهم فى بعض الأمم فإنه تعتبر الكفاءة فى النسب وكذلك فى الحرفة — بما عرفت دناءته من الحرف يعتبر صاحبها غير كفء لمن كانت من أسرة تعمل فى حرفة أشرف منها ، والمعتبر فى شرف الحرفة ودناءتها هو العرف فى كل زمان ومكان .

قال الكمال بن الهمام فى فتح القدير بصدد ذلك :

« إن الموجب هو استنقاص أهل العرف فيه دناءة ورفعة » اهـ .

وقرر جمهور الفقهاء أن العرف هو الحكم فى الكفاءة بين الزوجين » وقال ابن قدامة فى المغنى « فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف » .

وجاء فى البهجة شرح التحفة « فى الحديث عن المعرة التى قد تحدث إذا لم تتحقق الكفاءة بين الزوجين » :

إن المعتبر هو المعرة بحسب العادة فى البلد والأشخاص والأزمان وكذا الفقير باعتبار الأغنياء والتجار . وكذا أهل الحرف الدنيئة كالمداحين فى الأسواق والذين يتكلمون بالملحون فى الولائم المسمون بالهمراء . ونحو ذلك ، وهذا كله يدل عليه كلام الناس .

هذا وقد اتفق الفقهاء على اعتبار الكفاءة .. سواء منهم من قال باشتراط الولاية فى عقد الزواج وهم الجمهور . أو الذين لم يشترطوها إلا فى بعض الحالات وهم الحنفية ، ما عدا أبا الحسن الكرخى من الحنفية ومن وافقه ، حيث قالوا بعدم اعتبار الكفاءة فى الزواج .

وعلى هذا فإذا زوج الولى المرأة من غير كفء وأبت كان السلطان منعه لأن ذلك فيه ضرر لها والذين قالوا بعدم اشتراط الولاية ، قالوا : إذا زوجت نفسها غير كفء فلعصبتها منعها من الزواج واعتبرت الكفاءة شرط صحة فى الحال التى يزوج فيها الأب والجد الصغيرة والصغير فإذا لم تتوافر الكفاءة فى تزويجهما لا يكون العقد صحيحاً .

وقد احتاط الفقهاء فى الكفاءة لما يترتب على الزواج من غير كفء

من أضرار وأخطار تشين المرأة والعصبة ويلحق بها وبأوليائها العار عرفاً.. فإذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء لا ينتظر مع ذلك أن تتحقق مصالح الزوجية ودوام العشرة بين الزوجين وإنما تتحقق إذا كان الزوج مساوياً للزوجة على الأقل لأن الزوج له — بحكم الشرع والعرف — السلطان الأقوى فى شئون الزوجية . كما قال تعالى : « الرجال قوامون على النساء » وقوله تعالى : « وللرجال عليهن درجة » .

والزوجة تأنف غالباً أن يكون لزوجها هذا السلطان وهذه القوامة إذا كان أقل منها نسباً وديناً وخلقاً . وكذلك يأنف أهلها وأولياؤها من مصاهرة من لا يناسبهم فى دينهم وجاههم ونسبهم ويعيرون بذلك . وقد تختل روابط المصاهرة أو تضعف .

فالكفاءة حق الزوجة وحق أوليائها معاً فكما أن لها حق الاعتراض إذا زوجوها من غير كفء لهم حق الاعتراض أيضاً إذا زوجت نفسها من غير كفء .

وقد جاء فى الكفاءة قوله ﷺ « ألا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء » .

وهذا الحديث وإن قال العلماء بضعف سنده إلا أنه يرتقى إلى درجة الحسن بما جاء عن عائشة وعمر بن الخطاب وأنس - رضى الله عنهم — مرفوعاً ، أن النبى ﷺ قال :

« تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس » .

وقد روى عن عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — أنه قال : « لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء » .

وقال الكمال بن الهمام : « فإذا ما ثبت اعتبار الكفاءة بما قدمنا — أى بالأدلة المذكورة — فيمكن ثبوت تفصيلها أيضاً بعرف الناس فيما يحقرونه ويعيرون به فيستأنس بالحديث الضعيف فى ذلك » .

ولما كان العرف هو المعتبر فى بيان صفات الكفاءة فإن الوكيل فى النكاح إذا زوج بغير كفء فقد جاوز حد الوكالة فى العرف . ولا يعتبر هذا التزويج لأن العرف كالشرط . وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء عدا الإمام أبى حنيفة رضى الله عنه :

يقول أبو زيد الدبوسى فى تأسيس النظر « فى الخلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه » :

« الأصل عند أبى حنيفة — رضى الله عنه وأرضاه — أن الإذن المطلق إذا تعرى عن التهمة والخيانة لا يختص بالعرف ، وعندهما يختص وعلى ذلك مسائل منها :

الوكيل بالنكاح إذا زوج من الموكل امرأة لا تليق به جاز عند أبى حنيفة نحو أن يزوجه أمة والرجل من قريش أو يزوجه ذمية والرجل مسلم جاز عند أبى حنيفة ، وعندهما وعند أبى عبد الله لا يجوز » ا هـ .

ويقول عز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام :

« فصل فى تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال فى تخصيص العام وتقييد المطلق » وذكر لذلك أمثلة متعددة منها :

« حمل الإذن فى النكاح على الكفء ومهر المثل هو المتبادر إلى الأفهام بدليل أنه إذا قال من هو أشرف الناس وأفضلهم وأغناهم لوكيله : وكلتك فى تزويج إبنتى فزوجها بعبد فاسق مشوه الخلق على نصف

درهم فان أهل العرف يقطعون بأن ذلك غير مراد باللفظ لأن اللفظ قد صار عندهم مقيداً بالكفء ومهر المثل ولا شك أن هذا طارىء على أصل الوضع » اهـ .

وقد تقدم أنه يشترط أن يكون الزوج ليس بأقل من الزوجة شأناً ولا أدنى حالا من الزوجة وأوليائها فى الصفات المذكورة ، أما الزوجة فلا يشترط فيها ذلك لأن الزوجة تتضرر إذا كان الزوج أقل حالا منها ، أما الزوج فلا يتضرر إذا كانت الزوجة أقل حالا منه وذلك فى زواج المرأة العاقلة البالغة .

ويقول الشيخ عبد الرحمن تاج فى كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » :

« وقد جرى العرف عند بعض الناس أن يتزوج من هى أقل حالا منه ولا يرغب فى الزوجة التى تساويه أو تسمو عليه فى معانى الشرف والحسب والنسب والمال حتى لا تترفع عليه فينشأ بينهما الخلاف ويكتفى بأن تكون الزوجة ذات خلق ودين . وهى فكرة ثبت نجاحها فى علاج كثير من مشاكل الزوجية » اهـ .

ويقول الأستاذ أحمد إبراهيم — رحمه الله تعالى — فى كتابه « أحكام الأحوال الشخصية » مادام المقصود من اعتبار الكفاءة صيانة المرأة وأوليائها من عار الزوج ومنع الفتنة الناشئة عن ذلك ، ومناط ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس الاجتماعية . ينبغى ترك الأمور التى تعتبر فيها الكفاءة لعرف الناس فى كل زمان ومكان[١] اهـ .

---

(١) يراجع فى هذا البحث : الشرح الصغير للدردير جـ ١ ص ٣٥٣ والبهجة شرح التحفة جـ ١ ص ٢٨٩ وفتح القدير جـ ٢ ص ٤١٨ وقواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٢١ . وتأسيس النظر للدبوسى ص ١٥، والبدائع جـ ٢ ص ٣٢٠ والمغنى لابن قدامة جـ ٧ ص ٣٧٥ وأحكام القرآن لابن العربى جـ ١ ص ٢٠١ ورسالة العرف والعادة للشيخ أبى سنة ص ١٧٥ وأحكام الأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٠٦ وأحكام الأحوال الشخصية للشيخ أحمد ابراهيم ص ١٠١ . يراجع ما تقدم فى العرف وتقييد المطلق ص ٣٦٧ .

(٤) مما يتعلق بعقد الزواج وجوب النفقة (وقد سلف الحديث عنها في اعتبار العرف ص ١٤٨ وما بعدها) .

(٥) ومما يتعلق به أيضاً اختلاف الزوجين في قبض الصداق وأثاث المنزل الذي يسكنانه :

أولا : إذا اختلف الزوجان في تأجيل بعض الصداق أو تعجيله فإنه يرجع في ذلك إلى العرف فإذا أقامت الزوجة البينة على أنها لم تقبض بالمعجل من الصداق وادعى الزوج أنه أقبضها المعجل منه فقد عارضت البينة العرف فلا يعمل به استصحاباً للأصل الذي هو استمرار تعمير ذمة الزوج فتقدم البينة لأنها كالشاهد بالقضاء .

وكذلك إذا جرى العرف بتأجيل بعض الصداق وادعى الزوج أنه أقبضها المؤجل فإن القول قول الزوجة أنها لم تقبض الصداق إلا إذا أقام الزوج بينة على أنه أقبضها المؤجل فتقدم البينة .

وأما إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق وعدمه ولا بينة لأحدهما فإنه يرجع في ذلك إلى العرف . وقد قال القرافي في الأحكام ، ونقله ابن فرحون في التبصرة :

« روى عن الامام مالك - رضي الله عنه - إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض .. قال القاضي إسماعيل .. هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها ، واليوم عادتهم على خلاف ذلك فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد » .

أما المطالبة بمؤخر الصداق فإن عرف أهل المدينة عند الإمام مالك أن لها حق المطالبة به متى شاءت - كما قال - رضي الله عنه :

« إن المرأة لها الحق فى المطالبة بمؤخر صداقها متى شاءت لأن هذا هو ما جرى عليه العمل فى المدينة » .

وقال الليث بن سعد - رضى الله عنه - فى رسالته إلى الامام مالك رضى الله عنه فى هذه المسألة :

« إن أهل المدينة يقضون فى صدقات النساء أنها متى شاءت أن تتكلم فى مؤخر صداقها تكلمت فدفع إليها وقد وافق أهل العراق أهل المدينة على ذلك وأهل الشام وأهل مصر ولم يقض أحد من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا من بعدهم لامرأة بصداقها المؤخر إلا أن يفرق بينهما موت أو طلاق فتقوم بحقها » اهـ .

ثانياً : اختلاف الزوجين فى أثاث المنزل : اذا اختلف الزوجان فى أثاث المنزل الذى يسكنان فيه وادعى الزوج أن أثاث المنزل ملكه ، وادعت الزوجة أنه ملكها ولا بينة لأحدهما على دعواه فإن العرف يعمل به ، فمن شهد له العرف يقضى له مع يمينه لأن الظاهر يؤيده العرف .

وما يختص بالرجال عرفاً فإنه للزوج كالثياب الخاصة به وأدوات حرفته وصنعته التى يعمل فيها ، وما يصلح للنساء كالحلى وأدوات الزينة والثياب الخاصة بالنساء ويحكم لها بذلك اعتباراً للعرف أو العادة .

أما إذا كانت أعيان المنزل مما يصلح للرجال والنساء كالأوانى والسرر والأبسطة وغير ذلك مما يصلح للجميع فقد اختلف فيه الفقهاء .

قال بعض الفقهاء : إن القول للزوج لأن المسكن مسكنه وكل ما فيه تحت يده المتصرفة وهذا يفيد قوله ويشهد له فيحكم له بما يصلح لهما .

ويرى جمهور الفقهاء . أن القول فى ذلك يرجع فيه للعرف والعادة ..

قال القرافى فى الفروق :

« وقال مالك ـ رضى الله عنه ـ فى المدونة : إذا اختلف الزوجان عند قيام الزوجية أو عند الطلاق أو الورثة بعد الموت . قضى المرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال وما يصلح لهما قضى به الرجل لأن البيت بيته فى مجرى العادة فهو تحت يده فيقدم لأجل اليد ووافق مالكا أبو حنيفة والفقهاء ـ رضى الله عنهم أجمعين » .

وقال الشافعى رضى الله عنه : « لا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة كسائر المدعين وقياساً على الصباغ والعطار إذا تداعيا آلة العطر أو الصبغ فإنه لا يعدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة وإن شهدت العادة بأن آلة العطر للعطار وآلة الصبغ للصباغ فكذلك هنا » .

وقد رد القرافى قياس الشافعى ـ رضى الله عنه ـ المسألة على الصباغ والعطار الذى استدل عليه بقوله صلى الله عليه وسلم « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » بأن هناك فرقا بين المسألتين ، حيث أن الإشهاد بين الزوجين يتعذر لأنهما لو فعلا ذلك أدى إلى المنافرة وعدم الوداد بينهما مما يهدد الحياة الزوجية . وقد يفضى إلى الطلاق والفرقة بينهما ، بخلاف العطار والصباغ إذا كانا فى حانوت واحد فإنه لا ضرورة تدعوهما إلى عدم الإشهاد فانهما أجنبيان ولا يتألمان من ضبط أموالهما بالإشهاد . وكذلك إذا كانا فى حانوتين ، بخلاف الزوجين فان الضرورة تقضى بالسلوك بهما أقرب الطرق فى إثبات أموالهما .

وأما الصباغ والعطار فيسلك بهما على قاعدة « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وأما الجواب عن هذا الحديث الذى استدل به الإمام الشافعى - رضى الله عنه - فإن قاعدة المدعى هو كل من على خلاف أصل أو عرف ، والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف ، ومثال ذلك أن المدعى بالدين على خلاف الأصل لأن الأصل براءة الذمة ، والمدعى عليه المطلوب بالدين — المنكر على وفق الأصل لأن الأصل براءة الذمة .

والمدعى أنه رد الوديعة التى قبضها ببينة ، قوله على خلاف الظاهر والعرف لأن الغالب أن من قبض ببينة ، لا يرد إلا ببينة ، فإذا ادعى أنه رد الوديعة ، كانت دعواه على خلاف الظاهر والعرف ، والمدعى أنه لم يقبضها على وفق الظاهر اه .

هذا هو ضابط المدعى والمدعى عليه ، وفى المسألة موضع النزاع يقول القرافى مبيناً دخولها تحت هذا الضابط :

« فإذا ادعت المرأة ثوباً مما يختص بالنساء وشبهته كان قولها على وفق الظاهر ، وقول الزوج على خلاف الظاهر فالزوج مدع فعليه البينة وهى مدعى عليها فالقول قولها فنحن نقول بموجب الحديث لا أنه حجة علينا » .

وقال ابن يونس من المالكية :

« إذا فرعنا على مذهب مالك — رضى الله عنه — يحلف من قضى له العرف » .

وقال : ما يختص بالرجل قضى له به مثل العمامة من غير يمين إلا إذا ادعت الزوجة إرثه فيحلف وقال سحنون : « ما عرف لأحدهما لا يحلف عليه » .

وقال ابن القاسم — رضى الله عنه : « ما كان من شأن الرجال وشأن النساء قسم بينهما بعد أيمانهما لاشتراكهما فى اليد ، وما ولى الرجل شراؤه من متاع البيت وشهدت له البينة أخذه بعد يمينه أنه اشتراه له وكذلك المرأة ، وإن اختلف فى البيت نفسه فهو الرجل لأنه ملكه فى غالب العادة ولأن يده عليه إلا إذا عرف أنه انتقل إلى بيت ملك للزوجة .

وقد قال الإمام أبو يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ : إن القول للمرأة فى مقدار ما يجهز به مثلها عادة من هذه الأعيان الصالحة لهما عملا بالعرف والعادة إذ العرف الجارى بين الناس فى الأعم الأغلب من الحالات أنها لا تنتقل إلى مسكن الزوجية بدون جهاز ، وأما ما زاد على ما يجهز به مثلها فيكون القول فيه للزوج .

وقال بعض فقهاء المالكية : إن ما يخرج مع الزوجة ليلة البناء إلى بيت الزوجية أنه يكون من جهازها .

ورأى الإمام أبى يوسف ـ رحمه الله تعالى ـ وهذا القول عند المالكية جدير بالاعتبار لأنه تؤيده العادات الجارية بين الناس حيث أن الزوجة لا تزف إلى بيت الزوجية خالية عما جرت العادة بتجهيز أمثالها به . وما يخرج معها إلى بيت الزوجية فهو ملك لها .

وهذا يتفق مع ما ذهب إليه الجمهور من تحكيم العرف فى المسألة مع اختلاف آرائهم وتعددها وقد رأينا كيف مال القرافى إلى اعتبار العرف ودافع عنه .

ويحسن أن نذكر هنا ما قاله ابن فرحون فى « تبصرة الحكام » فى القضاء بالعرف والعادة فى هذه المسألة :

ومن ذلك اختلاف الزوجين فى متاع البيت وهما فى العصمة أو بعد طلاق أو موت فان الحكم فى ذلك أن يقضى المرأة بما يعرف للنساء وللرجل بما يعرف للرجال . وبعد أن عدد أشياء مما يصلح للنساء فقط وأخرى مما يصلح للرجال . . قال :

« وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين قرب متاع يشهد العرف فى بلد أو زمان أنه للرجال ويشهد فى بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء ويشهد فى الزمان الواحد أنه متاع للنساء بالنسبة لقوم ومن متاع الرجال بالنسبة لقوم آخرين ، كالنحاس المصنوع فى تونس من بلاد المغرب فانه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضر » .

وعلى ذلك فما جرى به العرف فى بلد لا يحكم به على أهل بلد آخر . كما سلف فى العرف الخاص وفى هـذه المسألة يقول صاحب البهجة شرح التحفة :

« إن العمل الجارى ببلد لأجل عرفها الخاص لا يعم سائر البلدان بل يقضى بناء على ذلك العرف فى أى بلد وجد لأن مبناه عليه ، فإن قيل جرى العمل بأن النحاس مثلا يحكم به للنساء عند اختلافهن مع الأزواج لأن عرف البلد أنه من متاعهن لم يعم البلد الذى لا عرف لأهله بذلك وإذا تغير العرف فى ذلك البلد فى بعض الأزمان سقط العمل المذكور ، ووجب الرجوع للمشهور وهذا فى العرف الذى تبنى عليه الأحكام ، وهو ما لم يخرج عن أصول الشريعة وإلا فلا عبرة به ، وأما العمل الجارى لمصلحة عامة فظاهر عمومه ما دامت تلك المصلحة أو ذلك السبب » اهـ .

ومما يتصل بهذه المسألة :

لو قدم الزوج لزوجته شيئاً ثم تنازعا فادعى أن ما قدمه إليها من المهر وادعت أنه هدية ولم يكن لأحدهما بينة على دعواه ، فإنه يرجع للعرف فى هذه الحالة ويجعل حكما للفصل بينهما ومن شهد له العرف فالقول قوله بيمينه .

وما شهد العرف بأنه هدية فيحكم بأنه هديةويؤخذ بدعواها ، وما قضى العرف بأنه من المهر حكم للزوج به ، وأما إذا لم يوجد عرف أو كان العرف مشتركا لا يشهد لأحدهما فالقول للزوج بيمينه لأن جهة الإعطاء تعلم منه لكونه هو الذى أعطى الشىء المتنازع فيه فهو أدرى بما أعطاه) .
وقال علاء الدين الطرابلسى فى « معين الحكام » :

« رجل بعث إلى امرأته شيئاً أواشترى لها أمتعة بعد ما بنى بها ، فقال الزوج هو من المهر ، وقالت الزوجة هو هدية .. ذكر فى الجامع الصغير أن القول قول الزوج إلا فيما يؤكل فالقول لها ، لأن فى غير المأكول يشهد الظاهر بكذبه ، والعرف بخلافه » اهـ .

ولو قدم الزوج شيئاً وقرر أنه هدية ، ولو كان مخالفاً للعرف ثم ادعى أنه مهر فلا تسمع دعواه لأن ما قدمه هدية فلا ينقلب مهراً ، وهذا ظاهر سواء أكان من جنس المهر أم ليس من جنسه وسواء أكان مما جرى العرف بإهدائه إلى الزوجة أم كان غير ذلك .

قال الشيخ عبد الرحمن تاج :

« والحق أن الحكم فى هذه المسألة على حسب ما يقضى به العرف فى كل زمن وكل بيئة » [1].

---

(١) يراجع فى ذلك الفروق جـ ٣ ص ١٤٨ وما بعدها وتبصرة الحكام لابن فرحون جـ ٢ ص ٦٥ ومعين الحكام لعلاء الدين الطرابلسى ص ١٦١ والبهجة شرح التحفة جـ ١ ص ٣٢٦ وقواعد الأحكام جـ ٢ ص ٥٦ وأحكام الأحوال الشخصية للشيخ عبد الرحمن تاج ص ١٧٢ ، ١٧٣ .

(٦) ومما يتعلق بالزواج ويرجع فيه إلى العرف « المتعة للزوجة » .

لقد تحدث القرآن الكريم عن المتعة فى قوله تعالى[١] :

« لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » اهـ .

وقد ذكرت الآية المتعة للمطلقة قبل المس وقبل الفرض ، وأما التى طلقت بعد الفرض وقبل المس فلا متعة لها لأن نصف المهر ، أما التى طلقت بعد المس والفرض فلها المهر ، هذا هو ما تشير إليه الآية وهو ما ذكره ابن العربى فى أحكام القرآن .

وأما حكم المتعة فهى مستحبة عند المالكية لأن الله تعالى قال « متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين » — أى المتطوعين — ولو كانت واجبة لأطلقها على الخلق أجمعين فتعليقها بالإحسان وليس بواجب وبالتقوى فى قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين»[٢] وهو معنى خفى دل أنها مستحبة استحباباً يؤكده ويؤيده أنه تعالى قال فى شأن الصداق «وأن تعفوا أقرب للتقوى »[٣] فأضافه إلى التقوى وليس بواجب .

وذكر ابن العربى : أنه إذا اعترض بأن المتعة ذكرها الله تعالى لكل مطلقة فى قوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » فيجاب عنه ، بأن المتاع هو كل ما ينتفع ويتمتع به . فمن كان لها مهر فمتاعها مهرها ومن

---

(١) سورة البقرة ٢٣٦
(٢) سورة البقرة ٢٤١
(٣) سورة البقرة ٢٣٧

لم يكن لها مهر فمتاعها ما تقدم . كما أن إحدى الآيتين حقيقة دون الأخرى فقوله تعالى « ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره » حقيقة فى المتعة ، وقوله تعالى « وللمطلقات متاع بالمعروف » ليس بحقيقة فى المتعة بالمعنى الذى تقدم .

وقال الحنفية : هى واجبة المطلقات فى الآية مستحبة لسائر المطلقات .

وقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى أحد قوليه : المتعة واجبة لكل مطلقة إذا كان الفراق من قبل الزوج ، إلا التى سمى لها المهر وطلقت قبل الدخول .

وقد رد الحنفية قول الإمام مالك — رضى الله عنه — فقالوا : إن المحسنين هم المتطوعون ، بمنع قصر المحسن على المتطوع ، بل هو أعم منه ، ومن القائم بالواجبات فلا يكون صارفاً الأمر بالمتعة عنه مع ما انضم إليه من لفظ حقاً — أى ثابتاً — على المحسنين الذين مع شأنهم الإحسان أو الذين يحسنون إلى أنفسهم بالمسارعة إلى الإمتثال أو إلى المطلقات بالتمتيع وإنما سموا بذلك اعتبار المشارفة ترغيباً وتحريضاً .

هذا وقد ورد الشرع بالمتعة مطلقة ولم يحدد مقدارها فيجب الرجوع إلى العرف ويعتبر فى ذلك عرف المرء وبلده ، وحال الزوج والزوجة . لقوله تعالى : « وعلى الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف » .

وقد روى عن ابن عباس — رضى الله عنه — فيما أخرجه ابن جرير الطبرى أنه قال :

« متعة الطلاق أعلاها الخادم ، ودون ذلك الورق[1] ودون ذلك الكسوة » .

وعن ابن عمر — رضى الله عنهما — أدنى ما يكون من المتعة ثلاثون درهما اهـ .

---

(١) الورق — بكسر الراء — الفضة .

وهذا ليس تحديداً للمتعة يجب الأخذ وإنما يعتبر فيها حال الرجل في إعساره ويساره وحال الزوجة كذلك . . وقال الإمام أبو حنيفة رضي الله عنه .

« هي درع وخمار وملحفة على حسب الحال إلا أن يقل مهر مثلها عن ذلك فلها الأقل من نصف مهر المثل ومن المتعة ولا ينقص من خمسة دراهم » .

ويقول أبو بكر الرازي « الجصاص » في أحكام القرآن ، في حديثه عن آية المتعة :

« ولم يقدر أصحابنا لها — أي المتعة — مقداراً معلوماً لا يتجاوز به ولا يقصر عنه ، وقالوا : هي على قدر المتعارف في كل وقت ، وإثبات المقدار على اعتبار حاله — أي الزوج — في الإعسار واليسار طريقه الاجتهاد ، وغالب الظن ، ويختلف ذلك في الأزمان أيضاً لأن الله تعالى شرط في مقدارها شيئين : أحدهما : اعتبارها بيسار الرجل وإعساره ، والثاني : أن يكون بالمعروف مع ذلك ، فوجب اعتبار المعنيين في ذلك ، وإذا كان كذلك وكان المعروف منهما موقوفاً على عادات الناس فيهما والعادات قد تختلف وتتغير وجب بذلك مراعاة العادات في الأزمان وذلك أصل في الاجتهاد في أحكام الحوادث » اهـ .

وهذا هو الموافق لقول الجمهور وأعني اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية وبخاصة فيما جاء مطلقاً من الأحكام(١) .

٦ — أثر العرف في الإيمان : قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان »(٢) .

---

(١) يراجع في ذلك سوى ما تقدم : أحكام القرآن لابن العربي ج ١ ص ٢١٦ — ٢١٨ وأحكام القرآن للجصاص ص ٤٣٣ والآلوسي في تفسير الآية ج ١ ص ٢١٨

(٢) سورة المائدة ٨٩

لقد ذكر الله تعالى : « أحكام اليمين ولم تحدد لها ألفاظ خاصة يكون الحلف بها هو اليمين الشرعية التى تترتب عليها أحكامها ، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من كان حالفاً فلا يحلف إلا بالله(١) .

ولم ير الفقهاء أن الحديث يقصر الحلف على لفظ الجلالة ، بل قالوا : الحلف يكون بالله تعالى أو صفة من صفاته .

وقد اختلف الفقهاء فى المحلوف به كما اختلفوا فى المحلوف عليه :

أولا : المحلوف به :

قال المالكية : إن القسم بالله أو بصفة من صفاته غير الفعلية كالعلم والقدرة والإرادة وكذلك باقى صفات المعانى أو الصفات السلبية كالقدم والبقاء والوحدانية ، وباقى هذه الصفات ، وكذلك من حلف بالمصحف ، وأراد به كلام الله القديم أو بسورة من القرآن .

ومن قال أقسم أو أشهد أن تلفظ بلفظ الجلالة أو نواه فهو يمين ، وقالوا : لا تنعقد اليمين بصفات الفعل .

فكل هذا معتبر فى اليمين ويترتب عليه حكمه جرى العرف بالحلف به أم لا ويكون يميناً وقسما بدون فرق بين أن يكون الاسم خاصاً بالله تعالى لا يشاركه فيه أحد كلفظ الجلالة والرحمن ، أو غير خاص كلفظ العزيز والعليم .

وأما الحلف بالصفات المشتركة بين الله تعالى والمخلوق ، كعزة الله ، فينعقد بها اليمين إذا نواها أو جرى العرف بالحلف بها ؛

وقد قال الحنفية : والقسم بالله تعالى وباسم من أسمائه ، ولو مشتركا تعورف الحلف به أولا على المذهب كالرحمن والرحيم والحليم والعليم ،

أما الحلف بالصفات فقد ذكروا أنه إذا تعورف الحلف بصفة منها

---

(١) رواه الترمذى .

انعقد بها اليمين ، حيث جاء فى « الدر المختار » : « أو بصفة يحلف بها عرفاً من صفاته تعالى — سواء كانت صفة ذات لا يوصف بضدها كعزة الله تعالى وجلاله ، أو صفة فعل يوصف بها وبضدها كالغضب والرضا ، فإن الإيمان مبنية على العرف فما تعورف الحلف به فيمين . وما لا فلا »(١).

ويقول السرخسى فى المبسوط(٢) :

« وأما الحلف بالصفات فالعراقيون من مشايخنا يقولون : الحلف بصفات الذات كالقدرة والعزة يمين ، والحلف بصفات الفعل كالرحمة والغضب لا يكون يميناً . والأصح أن نقول : « الأيمان مبنية على العرف والعادة فما تعارف الناس الحلف به يكون يميناً ، وما لم يتعارف الحلف به لا يكون يميناً ، والحلف بقدرة الله تعالى ، وكبريائه وعظمته متعارف فيما بين الناس وبرحمته وغضبه غير متعارف فلهذا لم يجعل — والله أعلم — يميناً » اهـ .

وقال الإمام أحمد تصح اليمين بالأسماء والصفات كلها للنصوص الواردة فى ذلك ودلالتها . إلا أنها لا تنعقد فى الأسماء المشتركة إلا بالنية ، وهو أصح القولين عند الإمام الشافعى .

هذا والذى أراه : أن الحلف بأسماء الله تعالى وصفاته يعتبر يميناً لأن النصوص الواردة فى اليمين والحلف بالله تعالى أو صفة من صفاته — لم تفصل فتنعقد اليمين بجميع الصفات بلا تفصيل ، ولأن المسلم إذا حلف بصفة من الصفات فإنه يريد اليمين الشرعية ، ولا يرجع إلى العرف فى أسماء الله تعالى سواء كانت خاصة أو مشتركة كما هو الرأى عند المالكية ، وكذا

---

(١) الدر المختار جـ ٢ ص ١٥

(٢) المبسوط للسرخسى جـ ٨ ص ١٣١

لا يرجع إلى العرف فى الصفات كما ذكر بعض الحنفية ، وذلك إذا دل الحال والبساط فى اليمين أن المتكلم أو الحالف أراد اليمين بما تلفظ به .

وأما الحلف بغير الله تعالى كالقرآن وكتاب الله تعالى :

فالقرآن يطلق على الألفاظ المقروءة الدالة على الكلام القديم ، ويطلق على الكلام القديم الذى هو مدلول الألفاظ ، واستعماله فى الألفاظ أظهر وأغلب من استعماله فى مدلولها .

فإذا حلف بالقرآن فقد حمله الامام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى — على الألفاظ فلم يحكم بانعقاد يمينه ، وحمله الامام مالك والشافعى — رضى الله عنهما — على الكلام القديم .

ويقول عز الدين بن عبد السلام[1] :

« إن حمل القرآن على الكلام القديم خلاف الظاهر من استعماله فى اللفظ » وهو يرى أن تحنيث الحالف بذلك بعيد .

وقال الكمال بن الهمام[2] :

« لا يخفى أن الحلف بالقرآن الآن متعارف ، وأما الحلف بكلام الله فيدور مع العرف » . .

وجاء فى الدر المختار

« وقال العينى وعندى أن المصحف يمين لا سيما فى زماننا ، وعند الثلاثة — مالك والشافعى وأحمد — رضى الله عنهم — المصحف وكلام الله يمين ، زاد أحمد والنبى أيضاً ، ولو تبرأ من أحدهما فيمين إجماعا .

---

(١) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ٨٧ ، ١١٩

(٢) فتح القدير جـ ٤ ص ٣٠٤ ، ٤٠٨

إلا من المصحف إلا أن يتبرأ مما فيه ... وبرىء من الله وبرىء من رسوله يمينان ، اهـ .

وهكذا فما تعارف عليه الناس فى اليمين بالقرآن والمصحف وكلام الله تعالى يمين ، وأما الحلف بالنبى — صلى الله عليه وسلم — فقد تعارف عليه كثير من الناس الآن واعتبروه يميناً فيقال فيه بقول الإمام أحمد — رحمه الله تعالى :

وأما الحلف بأيمان المسلمين أو الأيمان اللازمة ، أو جميع الأيمان تلزمنى .

فقال المالكية : إن ما اعتاد الناس الحلف به من الأيمان فإنه لازم له ، فالمدرك هو العادة فى النطق دون الفعل . فلو اعتادوا الحلف بالله وبالصيام أوالحج دون الصلاة أو الاعتكاف مثلا فإنه يلزم الحالف ما اعتادوا الحلف به ، ولو لم تكن لهم عادة فى فعله .

وقال بعض الفقهاء :

« إن المدرك هو الفعل فما اعتادوا فعله يلزمه إذا حلف وما لم يعتاد الناس فعله لم يلزمه .

وقال البعض : فيها كفارة يمين . كما قال غيرهم : إنها أيمان استحدثت فهى من الأيمان اللاغية .

ووجهة نظر المالكية فى هذا : أن ما اعتاد الناس الحلف به وتوثيق كلامهم به هو المراد عند النطق باللفظ فألزم الحالف نفسه به ، فقالوا : إنه يلزمه ما التزم به فى العرف والعادة .

وقد قال القرافى فى اعتبار العرف :

« وبهذا تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد وهذا مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه وعلى هذه القاعدة تتخرج إيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات » اهـ[١] .

وأما الحلف بالأيمان التى يقصد بها تعظيم الله تعالى لا الحلف بالمخلوقات، كالحلف بالنذر والحرام والطلاق كقوله : إن فعلت كذا فعلى صيام شهر أو على الحج أو الطلاق ، ونحو ذلك فقد قال المالكية : يلزمه ما علق عليه وحلف به إذا حنث .

وقال بعض الفقهاء فيه كفارة يمين . . وهو قول الصحابة — رضى الله عنهم — ومن الفقهاء من قال يلزمه الطلاق إذا حلف ويلزمه كفارة فى النذر .

ويرى فقهاء الحنابلة ، وبخاصة ابن تيمية وابن القيم : أن أظهر الأقوال فيها قول الصحابة وهو أن فيها كفارة يمين ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى « . . ذلك كفارة أيمانكم إذا حلفتم »[٢] . وقوله تعالى : « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم »[٣] .

وما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « من حلف على يمين فرأى

---

(١) يراجع معنى اعتبار العرف فى التشريع ، وتقسيم صيغة التصرف إلى صريح وكناية فيما تقدم .

(٢) سورة المائدة ٨٩

(٣) سورة التحريم ١٢

غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه »(١) .

أما الحلف بالمخلوقات التى يحلف بها بعض الناس فليس يمين لأنها يقصد بها تعظيم غير الله تعالى . وقال علاء الدين الحصكفى فى الدر المختار نقلا عن الرازى :

« أخاف على من قال : بحياتى وحياتك وحياة رأسك أنه يكفر ، وإن اعتقد وجوب البر فيه يكفر ، ولولا أن العامة يقولونه ، ولا يعلمونه لقلت : إنه مشرك ، وعن ابن مسعود — رضى الله عنه — لأن أحلف بالله كاذباً أحب إلى من أن أحلف بغيره صادقاً » اهـ .

هذه هى خلاصة آراء الفقهاء فى المحلوف به وأثر العرف فيه .

ثانياً : المحلوف عليه :

قال الفقهاء : « الأصل فى الأيمان البناء على الحقيقة اللغوية ، وهذا قول الإمام الشافعى — رضى الله عنه — وقال المالكية : هى مبنية على الاستعمال والقرائن التى تصحب اليمين — عرف أو غيره — وقال الحنفية : اليمين مبنية على العرف ما لم ينو ما يحتمله اللفظ » .

وإذا كان اليمين لا يعدو أن يكون إرادة الحالف فى تقوية عزمه على فعل شىء أو تركه يعبر عنه بحسب لغته وبيئته فيحمل لفظ اليمين على عرفه وعادته فى التخاطب ولغته التى يتكلم بها وهذا هو رأى الحنفية ، وما مشى عليه المالكية ، والمشهور عند الشافعية وكذلك قال به الحنابلة .

---

(١) رواه مسلم والإمام أحمد فى مسنده والترمذى .

وبناء الأيمان على العرف العملى قال به الحنفية وهو الصحيح عند المالكية خلافاً الشافعية والحنابلة . . وبناء الأيمان على العرف القولى عند المالكية والحنابلة يشترط فيه :

أولا : ألا ينوى الحالف ما يحتمله اللفظ احتمالا متساوياً أو قريباً من المساوى .

ثانياً : ألا يكون ليمينه بساط وهو المقام وقرينة السياق . . وظروف اليمين وملابساتها التى لا دخل للحالف فيها ، ويعبر عنه الحنابلة بالسبب المهيج على اليمين .

فالمعتبر فى بناء الأيمان عند المالكية : النية أولا ثم بساط اليمين ثم العرف القولى والعرف الشرعى إن كان الحالف من أهل الشرع ثم العرف العملى .

وأما عند الشافعية — رضى الله عنهم — فقد ذكر السيوطى فى الأشباه والنظائر فى هذه المسألة نقلا عن الرافعى : « إن اللغة إن عمت قدمت على العرف ، وقال غيره : إن كان العرف ليس له فى اللغة وجه البتة فالمعتبر العرف ، وإن كان اللفظ فى العرف استعمال فيه خلاف ، وإن هجرت اللغة حتى صارت نسياً منسياً قدم العرف » .

ثم ذكر : « أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — يتبع مقتضى اللغة عند ظهورها وشمولها وهو الأصل ، وتارة يتبع العرف إذا استمر واطرد » .

وقال عز الدين بن عبد السلام فى قواعده :

«قاعدة» الأيمان البناء فيها على العرف إذا لم يضطرب فإن اضطرب فالرجوع إلى اللغة .

وذكر أيضاً : «أن اللفظ إذا كان يحتمل ما تأوله الحالف قبل تأويله فى الفتوى دون الحكم لأن المفتى أسير المستفتى والحكم أسير الحجج الشرعية والظواهر ، وإن لم يحتمله لفظه لم يقبل تأويله فى الفتيا إلا أن يقصد وضع اللفظ المعنى الذى أراده فلا ينفعه على الأصح» اهـ .

وقال الحنفية : إن بناء الأحكام على العرف مشروط بأمرين :

«أحدهما» : ألا ينوى ما يحتمله كلامه ،

«الثانى» : ألا يكون اللفظ من باب الحقيقة المستعملة والمجاز المتعارف ، فإن كان كذلك قدمت الحقيقة اللغوية عند الإمام أبى حنيفة — رضى الله عنه — لأنها الأصل وعند الصاحبين يقوم المجاز المتعارف .. كما سلف (فى بحث الحقيقة والمجاز) .

ونخلص من ذلك إلى أن المعول عليه فى مسائل الأيمان هو عرف الناس وعاداتهم وأن العرف هو المدرك الفقهى والمرجع للمفتى فى معرفة أحكام ما تدل عليه ألفاظ الناس وتصرفاتهم — فيعتبر عرف الحالف إذا كان له عرف خاص به وتحمل يمينه على المتعارف عنده وإذا لم يكن له عرف خاص به يراعى فى يمينه عرف أهله وبلده .. كما تقدم فى العرف الذى تحمل عليه الألفاظ » .

وقال ابن القيم فى أعلام الموقعين :

«مما يتغير به الفتوى لتغير العرف والعادة موجبات الأيمان والنذور وغيرها ، فيفتى فى كل بلد بحسب عرف أهله ويفتى كل بحسب عادته ...

فإياك أن تهمل قصد المتكلم ونيته وعرفه فتجنى عليه وعلى الشريعة وتنسب إليها ما هي بريئة منه وتلزم الحالف . والمقر والناذر والعاقد ما لم يلزمه الله ورسوله ﷺ به ففقيه النفس يقول : ما أردت ونصف الفقيه يقول : ما قلت » اهـ(١) .

٧ — العرف والفتوى والقضاء

لقد سلف أن العرف يتغير بتغير الأزمان وأن الأحكام التى مناطها العرف تتغير بتغيره فالحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً ، وكل مسألة لله تعالى فيها حكم شرعى ، إما بطريق الإلزام وإما الإخبار والمفتى مبين للحكم الشرعى بطريق الإخبار ، والقاضى مبين للحكم الشرعى بطريق الإلزام .

وقد عرف القرافى الحكم فقال :

« إنه إنشاء إطلاق أو إلزام فى مسائل الاجتهاد المتقارب فيما يقع بين الناس لمصالح الدنيا ، فقولنا « إنشاء إطلاق احتراز من قول من يقول : إن الحكم إلزام كما إذا رفعت للحاكم أرض زال الأحياء عنها فحكم بزوال الملك فإنها تبقى مباحة » اهـ .

والحكم بالإلزام كما إذا حكم القاضى بلزوم الصداق أو النفقة أو الشفعة ونحو ذلك » اهـ وعلى ذلك فليس الحكم أبداً إلزاما كما عرفه علاء الدين

---

(١) يراجع فى ذلك خلاف ما تقدم — الدسوقى على الشرح الكبير للدردير جـ ٢ ص ١٤١ وحاشية الصاوى جـ ١ ص ٣٠٤ والفروق جـ ١ ص ١٧٦ وأعلام الموقعين جـ ٣ ص ٤٣ وفتح البارى جـ ١١ ص ٤٧٣ ، ٥١٣ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٩

الطرابلسي في معين الحكام ، قال : القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام »(١) .

وكل من القاضي والمفتي في حاجة إلى معرفة عادات الناس وأعرافهم التي جروا عليها في معاملاتهم حتى يكون كلا من الفتوى والقضاء موافقاً لما جرى به التعامل الذى هو أساس الاستفتاء وطلب الحكم فيه حتى ينتهي النزاع في الواقعة المطلوب الحكم أو الفتوى فيها .

وقد اشترط الفقهاء في المجتهد والحاكم العلم بمعرفة العرف وقت نزول القرآن . ومعرفة العرف الجارى فى زمانهم . .

أولا : العلم بمعرفة العوائد الجارية وقت نزول القرآن :

. . ذكر الإمام الشاطبي : أنه لابد لمن أراد الخوض في علم القرآن والسنة من معرفة عادات العرب في أقوالهم وأفعالهم ومجارى عاداتهم وقت نزول القرآن من عند الله تعالى والبيان من رسول الله — صلى الله عليه وسلم — لأن الجهل بذلك موقع في إشكالات لا يمكن الخروج منها إلا بهذه المعرفة . .

وقد أوضح — رحمه الله تعالى — هذا بعدة أمثلة نجتزىء منها بما يدل على المطلوب :

١ — قال تعالى : « وأتموا الحج والعمرة لله »(٢) يحتمل أنه أمر بالإتمام كما يحتمل أنه أمر بأصل الحج ، فإذا علم . أن العرب كانوا قبل الإسلام

---

(١) الأحكام للقرافى ص ٢ ومعين الحكام ص ٦

(٢) سورة البقرة ١٩٦

آخذين به لكن على تغيير بعض الشعائر ونقص جملة منها كالوقوف بعرفة، وأشباه ذلك من وثنياتهم علم أن هذا الأمر بالإتمام وإزالة النقص الذى أحدثته وثنيتهم، وإنما جاء إيجاب الحج نصاً فى قوله تعالى «ولله على الناس حج البيت من استطاع إليه سبيلا»(١)

٢ — قال الله تعالى: «يخافون ربهم من فوقهم» وقوله تعالى «أأمنتم من فى السماء أن يخسف بكم الأرض» فإن كلتى من فوقهم وفى السماء فيهما شبهة إثبات الجهة لله سبحانه وتعالى، لكن إذا علم أن من عاداتهم اتخاذ الآلهة فى الأرض، علم أن الآية نزلت رداً على معتادهم بتعيين الفرق بين الإله الحق وآلهتهم الباطلة، وتنبيهاً على نفى ما ادعوه فى الأرض فلا يكون فيه دليل إثبات الجهة».

ومن هذا الباب قوله تعالى. «يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا أضعافاً مضاعفة»(٢) ظاهر الآية يوهم تخصيص الربا بما إذا كان أضعافاً مضاعفة، لكن إذا علم أن من عادتهم التعامل بالربا المضاعف، وأن الرجل منهم كان يربى إلى أجل، فإذا حل قال للمدين: زدنى فى المال وأزيدك فى الأجل فيفعل، وهكذا حتى يزيد الربا عن الدين. فجاءت الآية تندد بهذه العادة الشنيعة، وليس الربا المحرم مخصوص بها لأن أصل التحريم جاء فى قوله تعالى:

«وأحل الله البيع وحرم .. وإن تبتم فلكم رؤوس أموالكم

---

(١) سورة آل عمران ٩٧

(٢) سورة آل عمران ١٣٠

لا تظلمون ولا تظلمون »[1] .. ثم قال الشاطبي — رحمه الله تعالى :

« وعلى هذا فراعاة عوائد العرب وقت نزول التشريع أصل لابد منه » اهـ .

وقد ذكر قبل ذلك قوله :

« إنه لابد فى فهم الشريعة من اتباع مقصود الأميين . وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم فإن كان للعرب عرف مستمر فلا يصح العدول عنه فى فهم الشريعة ، وإن لم يكن لهم عرف مستمر فلا يصح أن يجرى فى فهمها على ما لا تعرفه ، وهذا ما جاء فى المعانى والألفاظ والأساليب »[2] .

ثانياً : معرفة الأعراف الجارية فى زمن الفقهاء :

لقد اشترط فى المجتهد والحاكم والمفتى العلم بالأعراف الجارية فى زمانهم وما ورد فى الكتب المدونة من مسائل مبنية على العرف والعادة التى جرت فى زمن أصحابها ، وهذه الأحكام المبنية على العرف ليست ملزمة إذا تغير العرف .

وقد ذكر الفقهاء أن هذا لابد منه لما يترتب عليه من إصدار الحكم على وفق أحكام الشريعة الإسلامية الموافقة للحق ، والقائمة على رعاية مصالح الناس ورفع الحرج والمشقة عنهم .

يقول ابن القيم فى « أعلام الموقعين »[3] :

---

(١) سورة البقرة الآيات ٢٧٥ — ٢٧٩

(٢) الموافقات جـ ٢ ص ٨٢

(٣) جـ ٣ ص ٢٧

(فصل فى تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد) « هذا فصل عظيم النفع جداً وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ، ما يعلم أن الشريعة التى فى أعلى رتب المصالح لا تأتى به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحكم ومصالح العباد فى المعاش والمعاد وهى عدل كلها ورحمة كلها ومصالح كلها فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور وعن الرحمة إلى ضدها وعن المصلحة إلى المفسدة وعن الحكمة إلى العبث فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل فالشريعة عدل الله بين عباده ورحمته بين خلقه وظله فى أرضه وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ أتم دلالة وأصدقها » اهـ .

فالشريعة التى جاءت لتحفظ على الناس حقوقهم ومصالحهم من حكمتها أنها جاءت بالقواعد العامة لتصلح لمواجهة الأحداث والوقائع ، ومن القواعد التى جاءت بها « رعاية العرف واعتباره فى بناء الأحكام » ولذا كان لابد من العلم به حتى يستطيع المجتهد فى القضاء والفتوى بيان الحكم وترجيح بعض الآراء على بعض ومتى يعتبر العرف فى بناء الأحكام ومتى لا يعتبر ، وهل هذا العرف متفق عليه فى جميع البلاد أو مختلف ، وهل هو عرف عام أو خاص ولا يقتصر فى فتواه على ما ذكره الفقهاء فى كتبهم .

فالفقيه ينظر إلى العرف ويبحث عنه إذا كان لا يعلم عرف المستفتى ، ويخصص بالعرف نصاً ويقيد مطلقه ويرجح به رأياً على آخر ، وهذا هو الاجتهاد فى المذهب الذى لا يخلو منه عصر أو هو الاجتهاد الخاص الذى

لا بد منه لاختيار رأى ملائم لما جرى به العرف عاماً أو خاصاً ، لو ما تدعو إليه الضرورة عامة أو خاصة أو استنباط رأى فى حادثة لم يكن منصوصاً عليها فالحوادث لا نهاية لها ولا يمكن أن تحدها الكتب أو يحوطها الحصر .

وفى كل يوم نجد القضاة والمفتين حوادث لا عهد للسلف بها ولم ترد فى كتبهم فيستنبطون لها أحكاماً طبقاً للقواعد — التى أتت بها الشريعة وذكرت فى كتب المذاهب — وتنسب هذه الأحكام إلى الشريعة ومذاهب المفتيين والقضاة ، وسيستمر هذا ما بقيت الحوادث متجددة والأعراف متغيرة وما احتاج الناس إلى الإفتاء والقضاء ، وهذا باق حتى يرث الله الأرض ومن عليها .

وإذا وجد المجتهد والمفتى فى الوقائع أن العرف يتعارض مع نص شرعى فإنه لا اعتبار للعرف إلا إذا كان النص معللا بالعرف وأمكن تنزيل العرف على النص — كما سلف(١) .

أما إذا كان النص التشريعى معللا بعلة ينفيها العرف الحادث سواء أكانت علة النص مصرحاً بها فيه أو مستنبطة بطريق الاجتهاد ففى مثل هذه الحالة يعتبر العرف الحادث وإن خالف النص فى ظاهره لأنها مخالفة غير حقيقية مادامت علة النص تنتفى بوجود العرف إذ من المقرر عند علماء الفقه الإسلامى « أن الحكم يدور مع علته وجوداً وعدماً » .

ومن الأمثلة على ذلك : أنه ورد النص الشرعى بالنهى عن بيع وشرط . واستثنى من ذلك شرطين ، الشرط الذى ورد به النص كشرط الخيار ،

---

(١) يراجع « شروط اعتبار العرف فيما تقدم » .

والشرط المتعارف ، وقالوا فى هذا : إن النص الوارد فى النهى عن بيع وشرط معلل بما يفضى إلى النزاع لأن الشروط الزائدة على أصل العقد تفضى إلى النزاع غالباً . وأما الشرط المتعارف فلا يفضى إلى النزاع — كما تقدم .

أما إذا كانت علة النص المعارض لا ينفيها العرف الطارىء فلا يعتبر هذا العرف ويبقى النص عاماً فلا يعتبره الفقيه ولا المفتى ، لأن فى اعتباره نسخ للنص وقضاء عليه وليس للعرف هذا السلطان ، ولو كان ما تعارفوه مباح فى الأصل بالنص .

ومثال ذلك : أنه ورد النص الشرعى بإعلان الزواج والاحتفال به فى قول رســـول الله صلى الله عليه وسلم «أعلنوا هذا النكاح ، واضربوا عليه بالدفوف » .

وقد تعارف الناس الاحتفالات فى الأفراح وفيها كثير مما هو حرام شرعاً كشرب الخمر ورقص الرجال مع النساء ، وكاعتياد الناس الحداد على الموتى بصورة تتجاوز المشروع والإسراف فى المآتم فإن هذا أيضاً حرام شرعاً .. وهذا الذى اعتادوه وتعارفوا عليه عرف فاسد يجب على المفتى والفقيه ، أن يبين فساده وأنه وردت فى هذه الأعراف الفاسدة نصوص تحرمها ، كما ورد فى تحريم شرب الخمر ، واختلاط الرجال بالنساء والنهى عن الإسراف فى الإنفاق وخاصة المآتم والأفراح وغير ذلك .

وبعد هذا فعلى المجتهد والمفتى مراعاة العرف فى هذا الإطار أو المجال الذى تبين إذا استوفى شروطه المتقدمة . ويحكم بناء عليه فيما يقوم به الإنسان من تصرفات فى المسائل الاجتهادية .

يقول ابن عابدين :

« إن المسائل الفقهية . إما أن تكون ثابتة بصريح النص ، وإما أن تكون ثابتة بضرب اجتهاد ورأى ، وكثير منها مايبينه المجتهد على ماكان فى زمانه بحيث لو كان فى زمان العرف الحادث لقال بخلاف ما قال أولا ، ولهذا قالوا فى شروط المجتهد أنه لابد فيه من معرفة عادات الناس فكثير من الأحكام يختلف باختلاف الزمان لتغير عرف أهله ولحدوث ضرورة أو فساد أهل الزمان بحيث لو بقى الحكم على ماكان عليه للزم منه الحرج والمشقة والضرر بالناس ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التيسير ودفع الضرر والفساد لبقاء العالم على أتم نظام وأحسن أحكام ، ولهذا نرى مشايخ المذهب ، خالفوا ما نص عليه المجتهد فى مواضع كثيرة بناها على ماكان فى زمنه لعلمهم بأنه لو كان فى زمنهم لقال بماقالوا به أخذاً من قواعد مذهبه »(١) اهـ .

ومن الأمثلة التى ذكرها الفقهاء مما تغيرت فيه الفتوى لتغير العرف :

أولا : إفتاء الفقهاء بجواز الاستئجار على تعليم القرآن ونحوه لانقطاع عطايا المعلمين التى كانت فى الصدر الأول ، ولو اشتغل المعلمون بالتعليم بلا أجرة لزم ضياع أنفسهم وضياع أولادهم وأسرهم التى يعولونها ، ولو اشتغلوا بالاكتساب والسعى على أرزاقهم يلزم ضياع القرآن والدين ، فأفتوا بجواز أخذ الأجرة على التعليم ، وكذا عن الإمامة والأذان مع أن ذلك مخالف لما اتفق عليه الأئمة .

---

(١) يراجع ما تقدم فى العرف الثابت والمتبدل « الباب الثانى » .

ثانياً : عدم الاكتفاء بظاهر العدالة فى الشهود مع مخالفة ذلك لما نص عليه الأئمة بناء على ما كان فى زمنهم من غلبة العدالة على الناس ، بل إن أبا يوسف ومحمداً بن الحسن رضى الله عنهما — خالفا ما نص عليه الإمام أبو حنيفة — رضى الله عنه — ومن وافقه فى ذلك لأنهم كانوا فى الزمن الذى شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية وهما أدركا الزمن الذى فشا فيه الكذب ،وقد قال الفقهاء :«إن هذا اختلاف عصر وأوان لا اختلاف حجة وبرهان » وسيأتى تفصيل ذلك فيما بعد .

ثالثاً : إفتاء المتأخرين من فقهاء الحنفية والحنابلة بعدم نفاذ تصرفات المدين فى أمواله إلا فيما يزيد عن وفاء الدين منها ، مع أن جمهور الفقهاء قالوا : «إن الديون التى تتعلق بذمة الشخص مهما كان مبلغها سواء أكانت مستغرقة لماله أم لا ، لا تمنع الشخص من التصرف فى ماله ، وتنفذ جميع تصرفاته فى كل ما يملك » ، ولكن لما تغير الزمن وفسدت الذمم والأخلاق واتخذ الناس من هذا الحكم منفذاً للاحتيال ، وأصبحوا يعمدون إلى تهريب أموالهم مستفيدين من هذا الحق فى التصرف ، أفتى المتأخرون من الفقهاء بهذا سداً للذريعة وضياع أموال الدائنين ، وقالوا : إن المدين بدين مستغرق لماله إذا تصرف فى ماله كله لا يكون نافذاً ، وأما إذا كان مديناً بدين يستغرق بعض ماله فإنه يمنع من التصرف إلا فيما زاد عن وفاء الدين .

وقد أفتى المتأخرون من الحنابلة بهذا استحساناً على خلاف القواعد القياسية التى كان الحكم عليها فى أصل المذهب ، وتبعهم فى هذا المتأخرون من الحنفية . وهو ظاهر مذهب المالكية ..

رابعاً : قال الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد ـ رضى الله عنهم ـ بتضمين الغاصب أجرة المثل عن منافع المال المغصوب سواء استوفى الغاصب منافعه أو عطلها .

وقال المتقدمون من الحنفية فى أصل المذهب : « إن الغاصب لا يضمن قيمة منافع المغصوب عن مدة الغصب ، بل يضمن العين فقط إذا هلكت أو تعيبت لأن المنافع عند الحنفية لا تتقوم فى ذاتها ، وإنما تتقوم بعقد الإجارة ولا عقد فى الغصب » .

ولكن المتأخرين من فقهاء الحنفية أفتوا بما قاله الأئمة الثلاثة ، لما رأوا تجرؤ الناس على الغصب وضعف الوازع الدينى فى نفوسهم سواء كان المغصوب مال وقف أو مال يتيم أو مالا معداً للاستغلال على خلاف الأصل فى المذهب زجراً للناس عن العدوان لفساد الزمان ، وبذلك أخذت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٥٩٦ .

وعلى ذلك يمكن القول : بأن الغاصب يضمن بدل منافع المال المغصوب مع ضمانه للعين المغصوبة عند فقهاء المذاهب الأربعة لازدياد فساد الذمم وكثرة الطمع فى أموال الغير والتجاوز عن الحقوق فى غصب أموال الغير .

هذه هى بعض الأمثلة مما أفتى فيه الفقهاء بما خالف فتوى المتقدمين من فقهاء المذاهب نظراً لتغير العرف وعادات الناس وأخلاقهم وأحوالهم ، ولولا علمهم بالعرف وتغير الأحوال وما جرى عليه التعامل فى زمنهم لما خالفوا أئمتهم فى ذلك .

يقول ابن عابدين :

« قال بعض العلماء المحققين لابد للحاكم من فقه فى أحكام الحوادث الكلية وفقه فى نفس الوقائع والأحوال يميز به بين الصادق والكاذب والمحق والمبطل ثم يطابق بين هذا وهذا فيعطى الواقع حكمه من الواجب ولا يجعل الواجب مخالفاً للواقع » اﻫ .

ثم قال : « وكذلك المفتى الذى يفتى بالعرف لابد له من معرفة الزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا عرف عام أو خاص ، وأنه مخالف للنص أو لا ، ولا بد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المسائل والدلائل ، فإن كان المجتهد لابد له من معرفة عادات الناس كما قدمناه فكذا المفتى ، ولذا قال فى آخر (منية المفتى) : لو أن رجلا حفظ جميع كتب أصحابنا لا بد أن يتتلمذ للفتوى حتى يهتدى إليها لأن كثيراً من المسائل يجاب عنه على عادات أهل الزمان فيما لا يخالف الشريعة » اﻫ .

وقال الكمال بن الهمام فى فتح القدير : عند قول صاحب الهداية : ولو أكل لحماً بين أسنانه لم يفطر وإن كان كثيراً يفطر . وقال زفر : يفطر فى الوجهين لأن الفم له حكم الظاهر .

« التحقيق أن المفتى فى الوقائع لابد له من ضرب اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس وقد عرف أن الكفارة تفتقر إلى كمال الجناية ، فينظر إلى صاحب الواقعة إن كان مما يعاف طبعه ذلك أخذاً بقول أبى يوسف ، وإن كان مما لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر »[1] .

« وقد قال فقهاء المالكية : إنه يفتى بخلاف المشهور فى المذهب إذا كان فى ذلك تحقيق مصلحة أو جرى به عرف وكذلك يحكم الحاكم به ، مع

(١) فتح القدير ج ٢ ص٣٣٢ ، ٣٣٥ ط الحلبى .

قولهم بأن المفتى إذا أفتى بغير المشهور يؤدب . وينقض حكم القاضى إذا حكم بالشاذ وغير المشهور ، من غير ضرورة أو عرف يكون سبباً لتحقيق المصلحة .

وذكر صاحب تهذيب الفروق :

« أن المفتى إذا أفتى بما لم يجر به عرف المستفتى فإنه يحرم عليه ذلك ، وكذلك الحاكم إذا حكم بما لم يقع به التعامل فإنه يحرم عليه ذلك ، وإذا أفتى أو حكم بما سطره الفقهاء فى كتبهم مع وجود عرف مخالف لما كان فى عهد أصحاب هذه الكتب ، فعملهم خطأ وعلى خلاف الإجماع وهم عصاة آثمون عند الله غير معذورين بالجهل لدخولهم فى الفتوى وليسوا أهلا لها ولا عالمين بمداركها وشروطها واختلاف أحوالها » اهـ .

ويقول القرافى فى الفروق :

« الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت وتبطل معها إذا بطلت كالنقود فى المعاملات والعيوب فى الأعراض فى البياعات ونحو ذلك ... وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ... وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام ، فمهما تجدد العرف اعتبره ومهما سقط أسقطه ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك ، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك واسأله عن عرف بلده وأفته به دون عرف بلدك والمقرر فى كتبك فهذا هو الحق الواضح والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين . وعلى هذه القاعدة ، تتخرج جميع أيمان الطلاق وصيغ الصرائح والكنايات فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية » اهـ .

ومن هذا الذى ذكر تبين أثر العرف فى الفتوى والقضـــاء ، وان الواجب على القاضى والمفتى مراعاة العرف والمصلحة لأن الحكم والإفتاء بما لم يجر به العرف مخالف لمقاصد الشريعة ، وأن الأحكام المعللة بالعرف تتغير إذا تغير العرف لأن الحكم يتغير بتغير مناطه .

ومراعاة العرف والعادة يجب ألا يضيع حقوقاً إذا حاول بعض الناس اتخاذها وسيلة لذلك ، فعلى المفتى والقاضى أن يتحقق كل منهما مما يريده الشخص الذى يتمسك بالعرف هل دعواه موافقة له من غير اتفاق على مخالفته أم اتفقا على مخالفته ثم رأى المدعى أن المصلحة تتحقق له وتزيد منفعته إذا تمسك بالعرف فلجأ إلى القضاء يطلب الحكم بناء عليه مضيعاً بذلك حقوق غيره .

وقد مر فى « شروط اعتبار العرف :

أنه إذا اتفق المتعاقدان على مخالفة العرف فهو غير معتبر لأن من شروط اعتباره ، ألا يعارضه تصريح بخلافه ، ويحكم فى الدعوى بما اتفق عليه لأن العقد شريعة العاقدين ، وكذلك إذا تعاقدا بناء على عرف قائم وقت التعاقد ثم تغير العرف بعد ذلك فإنه يحكم بناء على العرف الذى كان قائماً وقت إنشاء العقد بينهما لأن العبرة بالعرف الذى قارن العقد ووقع موافقاً لمقتضاه ، يكون هذا العرف ملزماً للعاقدين ، وأخيراً فإن هذا مجمل ما ذكره الفقهاء فى « أثر العرف » فى الفتوى والقضاء بوجه عام لأن كلا منهما لا يختلف فيما ذكر من وجوب مراعاته وتحكيمه فى الوقائع(١) .

---

(١) يراجع فى ذلك سوى ما تقدم قواعد ابن رجب الحنبلى القاعدة (١١) ص ١٥

وبعد هذا أذكر بعض الأحكام التى تتعلق بالقضاء مما للعرف أثر فيها.

أولا : ما يتعلق بالدعوى فى القضاء :

لقد قسم المالكية الدعوى بالنسبة للعرف إلى ثلاث مراتب :

المرتبة الأولى :

دعوى يشهد لها العرف أنها تشبه أن تكون حقاً ، وهى إذا ما ادعى مثل ما اعتاده الناس فى معاملاتهم وذلك مثل أن يدعى شخص سلعة معينة بيد رجل أو يدعى مسافر أنه أودع أحداً من رفقته فى السفر شيئاً كان معه أو ادعى شخص على من نصب نفسه للعمل أنه دفع إليه شيئاً يصنعه ، وكذلك من ادعى على بعض أهل السوق المنتصبين للبيع أنه باعه أو اشترى منه شيئاً .

وكذلك إذا ذكر المريض فى مرض موته أن له ديناً على آخر ووصى بالتقاضى منه ، وما أشبه هذه المسائل فهذه الدعوى تسمع من مدعيها أو له أن يقيم البينة على صحة دعواه أو يستحلف المدعى عليه ولا يحتاج فى استحلافه إلى إثبات خلطة بينه وبين المشترى .

المرتبة الثانية :

دعوى يشهد لها العرف أنها لا تشبه الحق إلا أنه لم يقض بكذبها لاحتمال صدقه وذلك مثل : أن يدعى شخص على رجل معروف بكثرة

= والفروق وتهذيبه جـ ١ ص ٤٣ و ص ١٧٧ ، وحاشية رد المحتار على الدر المختار جـ ٣ ص ٣٩٥ ، وفتح القدير جـ ٥ ص ٤٢٤ ورسائل ابن عابدين جـ ٢ ص ١٣٥

ويراجع ما تقدم ص ٦٢ ، ٩٥ و ص ١٤٣ وما بعدها .

المال والغنى ، أنه اقترض منه مالا ينفقه على عياله أو يدعى رجل على رجل لا معرفة بينه وبينه أنه باعه شيئاً بثمن إلى أجل أو أقرضه مالا .

فهذه الدعوى تسمع وعلى القاضى أن يطلب من مدعيها إقامة البينة على مطابقتها ، وقالوا : لا يملك القاضى استحلاف المدعى عليه إلا بإثبات خلطة بينه وبينه .

قال ابن القاسم رحمه الله تعالى :

والخلطة أن يسالفه أو يبايعه أو يشترى منه مراراً ، وقال سحنون رحمه الله تعالى : لا تكون الخلطة إلا بالبيع والشراء بين المتداعيين .

وقد قيد المالكية نظر الدعوى فى مثل هذه الأمور فقالوا :

ينظر إلى دعوى المدعى فان كانت تشبه أن يدعى بمثلها على المدعى عليه أحلف له ، وإن كانت مما لا تشبه وينفيها العرف لم يحلف إلا أن يبين المدعى ما ادعى به على المدعى عليه ، وهذا فيما إذا كانت بينهما خلطة .

أما إذا لم تكن بينهما خلطة وكان المدعى عليه متهما ، فقد اختلفوا فى استحلافه — فقال سحنون « يستحلف وإن لم تكن بينهما خلطة » ، وقال غيره « لا يستحلف » .

وتثبت الخلطة بإقرار المدعى عليه ، وبالشاهدين والشاهد واليمين ، والرجل الواحد والمرأة الواحدة .

المرتبة الثالثة :

دعوى يقضى العرف بكذبها — أى لا تحتمل الثبوت عادة .

ومثال ذلك : أن يحوز شخص داراً ويتصرف فيها زمناً طويلا

بالإجارة والسكنى والهدم والبناء ويدعى ملكيتها ، وإنسان حاضر يراه ويشاهد أفعاله فيها ، ويرى تصرفه طول هذه المدة ، وهو مع ذلك لا يعارضه ولا يذكر أن له فيها حقاً ، ولا مانع يحول بينه وبين ذلك من خوف سلطان أو ما أشبه ذلك من الضرر المانع من المطالبة بالحقوق ، ولا يوجد بينه وبين المتصرف فى الدار شركة فى ميراث ولا قرابة أو شيئاً مما يتسامح فيه من أجل القرابات .

ثم جاء بعد طول هذه المدة يدعى أنها له أو أن له فيها حقاً فلا تسمع دعواه . ولو أقام بينة على ذلك لأن كل دعوى يكذبها العرف وتنفيها العادة فإنها مرفوضة غير مسموعة لأن الشريعة أوجبت الرجوع إلى العرف عند الاختلاف فى الدعاوى كالنقد والحولة والسير وفى الأبنية وما أشبه ذلك .

وقد ذكر فقهاء الشافعية : أن من شرط سماع الدعوى ألا يكذب المدعى ظاهر حاله . وقال ابن القيم فى الطرق الحكمية فى مذهب أهل المدينة فى الدعاوى إنه من أسد المذاهب .

وقال القاضى عبد الوهاب — من المالكية فى رده على المزنى حيث اعترض على قول المالكية بعدم تحليف المدعى عليه إذا لم تمكن هناك مخالطة .

مذهب مالك : إن المدعى عليه لا يحلف للمدعى بمجرد دعواه دون أن ينضم إليها مخالطة بينهما أو معاملة ، قال شيخنا : أبو بكر : أو تكون الدعوى تليق بالمدعى عليه ولا يتنا كرها الناس ولا ينفيها عرف ، وهذا مروى عن على بن أبى طالب وعمر بن عبد العزيز وفقهاء المدينة السبعة . والدليل على صحته : أنه قد ثبت وتقرر : أن الإقدام على اليمين يصعب

ويثقل على كثير من الناس ولاسيما على أهل الدين وذوى المراتب والأقدار. وهذا أمر معتاد بين الناس على مر العصور لا يمكن جحده.

ودليل آخر وهو أن الأخذ بالعرف واجب، ومعلوم أن من كانت دعواه ينفيها العرف فإن الظن قد سبق إليه بالبطلان، كبقال يدعى على خليفة أو أمير ما لا يليق بمثله شراؤه أو يطرق ذلك الدعوى عليه.

وقال ابن القيم مؤيداً ما قاله القاضي عبد الوهاب:

« ومما يشهد لذلك ويقويه قول عبد الله بن مسعود الذى رواه الإمام أحمد رحمه الله عنه « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحاً فهو عند الله قبيح » .

ولاريب أن المؤمنين وغيرهم يرون من القبيح أن تسمع دعوى البقال على الأمير أنه باعه بمائة ألف دينار ولم يوفه إياه. أو أنه اقترض منه ألف دينار أو نحوها، أو يدعى أنه تزوج ابنته أشهراً، ودخل بها ولم يعطها مهرها.

وذكر لذلك أمثلة متعددة منها:

« أن تدعى الزوجة بعد عشرة ستين سنة — أو سنين متطاولة، أن زوجها لم ينفق عليها يوماً واحداً ولا كساها خيطاً، وهو يشاهد داخلا وخارجاً إليها بأنواع الطعام والفواكه فلا تسمع دعواها ».

ومنها « أن يدعى رجل معروف بالفسق والفجور على رجل معروف بالصلاح والتقوى أنه نقب بيته وسرق متاعه ».

ثم قال: ونحو ذلك من الدعاوى التى يشهد الناس بفطرهم وعقولهم أنها من أعظم الباطل فهذه لا تسمع ولا يحلف فيها المدعى عليه، ويعزر

المدعى تعزير أمثاله ، وهذا الذى تقتضيه الشريعة التى مبناها على الصدق والعدل كما قال تعالى : « وتمت كلمة ربك صدقاً وعدلا »(١) فالشريعة المنزلة من عند الله لا تصدق كاذباً ولا تنصر ظالماً ا هـ .

إلا أن هذا الذى ذكره ابن القيم وقال به شيخه ابن تيمية فى الأخذ بالدلالة العرفية فى الدعوى ذكر ابن رجب أنه مخالف لجمهور الحنابلة حيث ذكر فى قواعده « فيما يعمل فيه بالأصل ولا يلتفت إلى القرائن الظاهرة » .

« إنه إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها مع الزوج أنها لم تصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة ، فقال الأصحاب : القول قولها مع يمينها لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً ، واختار الشيخ تقى الدين الرجوع إلى العادة » ا هـ .

وهذا الذى سار عليه جمهور الحنابلة قال به الإمام الشافعى رحمه الله فقد ذكر أن الأصل فى الدعوى ألا يقدم أحدهما على الآخر إلا بحجة ظاهرة ، وإن شهدت العادة بصدق الدعوى ، جرياً على قاعدة الدعوى « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

وقد رد القرافى على ذلك كما تقدم فقال :

« إن قاعدة المدعى هو كل من كان على خلاف أصل أو عرف والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف »(٢).

---

(١) سورة الأنعام ١١٥

(٢) يراجع ما تقدم فى اختلاف الزوجين فى أثاث المنزل .

وقد ذكر مثل ذلك إمام الحرمين فى البرهان حيث قال(١):

« إذا تعارض ظاهران أو نصان ، وأحدهما يوافق المعروف المعتاد والآخر يخالف ما جرى به العرف فقد ذهب أكثر الفقهاء إلى الأخذ بما وافق المعروف فهو الأقرب إلى الإحتياط لأنه الأحوط فرجح على الثانى ، وزعموا أن الذى يقتضيه الورع واتباع السلامة هذا واحتجوا بأن قالوا : اللائق بحكمة الشريعة ومحاسنها الإحتياط » ا هـ .

وقال فقهاء الحنفية : يمتنع القاضى من سماع الدعوى بمعنى أنه لا يسأل المدعى عليه ولا يطلب جوابه عنها عند اقترانها بما يكذبها فى العادة لأن هذه القرينة تدل على أن المدعى ليس له حق فيما يدعيه ظاهراً .

ويقول ابن الفرس فى « الفواكه البدرية » :

« ومن شروط صحة الدعوى أن يكون المدعى به مما يحتمل الثبوت بألا يكون مستحيلا عقلا أو عادة ، فإن الدعوى والحال ما ذكر ظاهرة الكذب فى المستحيل العادى يقينية الكذب فى المستحيل العقلى » ا هـ .

ومن الأمثلة التى ذكرها فى ذلك — نقلا عن السرخسى :

« رجل ترك الدعوى ثلاثة وثلاثين سنة ولم يكن له مانع من الدعوى ثم ادعى لم تسمع دعواه لأن ترك الدعوى مع التمكن يدل على عدم الحق ظاهراً » .

ونقل عن محمد بن الحسن رحمه الله تعالى :

« رجل يعرف بالحاجة والفقر ليس ببيته إلا بورية — حصير —

---

(١) البرهان ٢٨٥

ملقاة صار بيده غلام عرف باليسار وعلى عنق العبد بدرة — كيس — فيه عشرون ألف دينار فادعاه رجل عرف باليسار وادعاه صاحب الدار فهو الذى عرف باليسار» اهـ.

وقال ابن نجيم فى البحر الرائق — فى تعليقه على ما ذكره ابن الغرس :

« وقد استنبط من فرع الغلام : أن من شرط سماع الدعوى أن لا يكذب المدعى ظاهر حاله كما هو مصرح به فى كتب الشافعية ، ثم قال : إنه لا يدرى هل هذا منقول عن المتقدمين أو تفقه منه » اهـ . ولا داعى لهذا التساؤل فقد سبق بذلك الشافعية والمالكية .

وترك هذه الدعاوى المستحيلة عرفاً وعقلا كما قال ابن الغرس بلا سماع ولا نظر فيها خلاف عموم النص الوارد « البينة على المدعى واليمين على من أنكر » .

والجواب على ذلك هو ما ذكره القرافى فى رده على الإمام الشافعى — رضى الله عنه — كما أن الدعوى التى وضع الحديث قاعدتها هى الدعوى التى ذكرها المالكية فى المرتبة الأولى ، والثانية . أما المرتبة الثالثة — وهى الدعوى التى يستحيل وقوعها فرفوضة غير مقبولة ويؤخذ بما وافق العرف وليس بمستحيل عقلا ولا عادة لأنه أرفق وأوفق — كما ذكر إمام الحرمين فيما تقدم .

لقد ذكر أن من ترك العقار مدة طويلة من الزمن من غير عذر بالمطالبة به لا تسمع دعواه وأذكر هنا ما قاله بعض الفقهاء فى تقدير المدة فى ذلك .

قدر فقهاء المالكية المدة الطويلة فى العقار بعشر سنين ، واستدلوا على ذلك بما روى عن النبى ﷺ أنه قال : « من حاز شيئاً عشر سنين فهو له » .

وقدرها فقهاء الحنفية بثلاث وثلاثين سنة فى الوقف والميراث وبخمسة عشر سنة فى غيرها كما ذكر فى المبسوط — ويستفاد مما ذكره ابن نجيم : أن التقدير عند الحنفية كان لنهى بعض السلاطين قضاته من سماع الدعوى بعد هذه المدة ، وفى تكملة رد المحتار : أنه تقدير اجتهادى .

ومعنى كونه اجتهادى أنه يخضع للظروف والأحوال وتغير العرف والزمن فقد تعتبر العشر سنين مدة طويلة كما ذكر المالكية فى زمن أو بلد وقد لا تعتبر أو يعتبر أكثر منها كما ذكر فقهاء الحنفية أو أقل ، وهذا ما يوافق القول باعتبار العرف فى التشريع الإسلامى وأما الحديث الذى ذكره المالكية فيمكن تأويله بأن العشر سنين كانت تعتبر مدة طويلة فى ذلك الحين(١) .

ثانياً : القرائن العرفية والقضاء :

بعد أن تبين ما يسمع من الدعوى وما لا يسمع وأثر العرف فى ذلك ، يأتى الحديث عن القرائن العرفية التى تصحب الدعوى وإن كان قد تقدم من الأمثلة ما يشير إليها .

« والقرائن هى أمارات ظاهرة تقارن شيئاً خفياً فتدل عليه » .

وقد تكون القرينة قوية فى دلالتها على المدعى به أو ضعيفة فى دلالتها عليه . وهى تنقسم إلى عقلية وعرفية .

---

(١) يراجع فى ذلك حاشية الدسوق على الشرح الكبير ج ٤ ص ٢٣٨ والشرح الصغير ج ٢ ص ٣٠٥ والطرق الحكمية لابن القيم ص ٩٨ — ١٠٨ والبحر الرائق ج ٧ ص ٢٤٧ ، ورد المحتار ج ٤ ص ٥٤٧ وتكملة رد المحتار ج ١ ص ٤٥٤ . والبهجة شرح التحفة ج ١ ص ٣٥ ، ٩٦ ، والفروق للقرافى ج ٣ ص ١٤٨ ، والمهذب للشيرازى ج ٢ ص ٣٣٥ . وقواعد الأحكام ج ٢ ص ١٢٢

والقرينة العقلية هى التى تكون النسبة بينها وبين مدلولها ثابتة يستنتجها العقل دائماً كوجود الدخان علامة على النار أو وجود المسروقات عند المتهم بالسرقة.

وأما القرينة العرفية فهى التى تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعدماً.

وأما اعتبار الفقه الإسلامى للقرائن فكالآتى :

(١) إذا كانت القرينة قطعية مثبتة اعتبرت وحدها فى الحكم، وذلك مثل : أمره ﷺ بدفع اللقطة إلى واصفها وجعل وصفه لها ومناصها ووكائها قرينة قائمة مقام البينة.

ومن ذلك أيضاً حكم عمر بن الخطاب وعثمان وابن مسعود — رضى الله عنهم — ولا يعلم لهم مخالف بوجوب الحد على من وجد فى فمه رائحة الخمر[1] أو قاءها اعتماداً على القرينة القطعية على شرب الخمر، وهو مذهب مالك رضى الله عنه ومن وافقه.

(٢) إذا كانت القرينة غير قطعية ولكنها أغلبية، فإن الفقهاء يعتمدونها فى ترجيح زعم أحد الخصمين مع يمينه حتى يثبت ما يفيد خلافها ببينة أو دليل أقوى. ومن هذا القسم « القرائن العرفية ».

وقد اعتبر الفقهاء القرائن العرفية من قبيل ظاهر الحال، ودلالة الظواهر غير قطعية ولذلك تعتبر مرجحات للقاضى حتى يثبت خلافها،

---

(١) ذهب بعض الفقهاء إلى أن من وجد فى فمه رائحة تشبه رائحة الخمر ولم يقم دليل آخر على أنه قد شرب الخمر فلا يحد لأنه توجد بعض الأطعمة والأدوية التى قد تشبه رائحتها رائحة الخمر.

وقد اعتمدوا على القرائن العرفية فى إثبات الأحكام فى كثير من القضايا ، لأن العقل يرجح الدعوى التى تدل عليها إستناداً إلى العلاقة والصلة بينها وبين الدعوى التى يؤيدها العرف ولذلك ألحق الفقهاء القرائن العرفية ببحث العرف نظراً إلى أن مستند الدلالة فيها هو العرف ، وقد تقدم أن على القاضى ، أن يرجح بالعرف من يكون قوله موافقاً للعرف لقوة جانبه بشهادة العرف ولأنه متمسك بالظاهر وما هو الأصل .

ومن الأمثلة على ذلك ، ما ذكر فى اختلاف الزوجين فى متاع البيت ، كما تقدم وكذلك ما ذكر من أن التصرف فى العقار والأموال مدة طويلة تصرف المالك ويوجد شخص آخر يرى ذلك ولا عذر له فى السكوت ثم عاد بعد مدة طويلة يطالب بحقه فى هذا العقار فلا تسمع دعواه لأن القرينة العرفية تكذب دعواه(١) .

والترجيح بالقرائن وبخاصة العرفية أصل قوى عند المالكيه ، قال ابن فرحون فى تبصرة الحكام « فى باب القضاء بالعرف والعادة » .

« وهذا الأصل لا مناقضة فيه على أصل المذهب ، حتى قال أئمتنا — رحمهم الله تعالى — لو اختلف عطار ودباغ فى المسك والجلد ، أو اختلف الفقيه والحداد فى القلنسوة والكير وكانت لهما عليه يد حكمية فى دار يسكنانها أو بشهادة ، أو تنازع رجل وامرأة رحاً يتجاذبانه فالقول فى هذا كله قول من شهد له العرف ، والعادة فيحكم للرجل بالرمح والسيف مع يمينه ، وإن كان « دملجاً » قضى به المرأة مع يمينها ، ويقضى للعطار بالمسك مع يمينه » .

وقد عقد ابن فرحون « بابا » فى القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات ، ذكر فيه فروعاً كثيرة قال : إن المذاهب الأربعة قالوا بها وهى فى مجموعها لا تخرج عما ذكر هنا .

---

(١) ماتقدم ص ٥٦٦ ، ٥٦٧

وذكر عن ابن العربي أنه قال : لا خلاف في الحكم بالقرائن والأمارات .

ولما كانت دلالة العرف دون دلالة الشهادة فقد قال الفقهاء لا يقضى بالعرف بلا يمين إلا إذا كانت دلالة العرف قوية لا تحتمل غير الظاهر منها وذلك قليل ونادر ، ومثل لها المالكية باختلاف الزوجين فى النفقة ، وكانت تعيش فى بيت الزوجية فلا يقضى لها بالنفقة لما مضى وكاختلاف المتبايعين فى قبض الثمن إذا كانت السلعة المبيعة مما جرى العرف فيه بتسليم الثمن عند البيع واستدلوا على ذلك : بأن القضاء بالعرف قضاء بالظاهر الراجح فيصح كالقضاء بالبينة .

ومن ذلك قول الإمامين أبي يوسف ومحمد بن الحسن — رحمهما الله تعالى — فيما إذا اختلف الصانع ورب الثوب فى الأجر بعد الفراغ من العمل إذا لم يتفقا عليه ، فقد حكم أبو يوسف عادة الصانع من صاحب الثوب فإن كان يعمل له بالأجر قضى له به ، وحكم محمد بن الحسن عادة الصانع مع الناس فإن كان معروفاً بهذه الصنعة بالأجر أخذ بقوله لأنه لما فتح الحانوت لذلك جرى مجرى التنصيص عليه — قال خواهر زاده والفتوى على قول محمد ، « ومن ذلك الخط فيما يكتبه الناس فيما بينهم من الصكوك فهى حجة فيما كتبوه على أنفسهم فى العرف ، إذا كان مطرداً فى إثبات الحق بالكتابة »[1] .

ثالثاً : القول فى تزكية الشهود :

قال الله تعالى : « وأشهدوا ذوى عدل منكم »[2] ، و« واستشهدوا شهيدين

---

(١) يراجع سوى ما تقدم التبصرة لابن فرحون جـ ٢ ص ٦٦ ، ٩٦ ومعين الحكام ص ١٦١ ، ٢٠٤

(٢) سورة الطلاق ٢

من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء »(١) .

وقد أخذ الفقهاء من هذا اشتراط العدالة فى الشهود وقالوا : العدالة ملكة تحمل على ملازمة التقوى والمروءة .

وقد اتفق الأئمة الأربعة على وجوب العدالة ، فى الشهود كما استدلوا على وجوب الحكم بالعدالة فى المسلم بقوله ﷺ « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً فى قذف »(٢) .

وما قاله عمر بن الخطاب — رضى الله عنه — فى رسالته فى القضاء إلى أبى موسى الأشعرى « المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجلوداً فى حد أو مجرباً عليه شهادة زور أو ظنيناً فى ولاء أو قرابة .

ولما كان الظاهر فى المسلم العدالة اكتفى الأئمه بظهورها إذ القطع بها قد يتعذر ، نعم تزداد قوة الظن بها ، ولا موجب لطلب الزيادة إلا بدليل ، ولهذا لم يكن الأئمة يسألون عن العدالة وذكر الكمال بن الهمام فى فتح القدير : أن أول من سأل عنها « ابن شبرمة » .

وقال الإمام أبو حنيفة — رحمه الله تعالى :

يقتصر الحاكم على ظاهر عدالة المسلم إلا إذا طعن الخصم ولو بجرح مجرد عن الأدلة فإن على القاضى : أن يسأل عن الشاهد .

---

(١) سورة البقرة ٢٨٢

(٢) رواه ابن أبى شيبة من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

وقال الإمامان أبو يوسف ومحمد بن الحسن — رحمهما الله تعالى : إنه لابد من تزكية الشهود طعن الخصم فيهم أو لم يطعن فى السر والعلانية ، لأن مبنى القضاء على الحجة ، وهى شهادة العدول فلا بد من التعرف على العدالة وتحققها فى الشاهد .

وقد قال بهذا الإمامان الشافعى وأحمد — رحمهما الله تعالى :

وقال الكمال فى فتح القدير :

« إن الفتوى على قول أبى يوسف ومحمد لاختلاف حال الزمان فقد كان فى عهد أبى حنيفة يغلب على الناس الصلاح والتقوى بخلاف زمانهما » اه .

وقال البابرتى فى العناية : « إن أبا حنيفة أجاب عما فى زمانه وكان الغالب منهم عدولا وهما أجابا عما فى زمانهما ، وقد تغير الناس وكثر الفساد ولو شاهد ذلك أبو حنيفة لقال بقولهما ، ولهذا قال صاحب الهداية والفتوى على قولهما » اهـ .

وأما عند المالكية فالمذهب القول . بعدالة المسلم ، ولكنهم قالوا :

« إن تغير الزمن والعرف يجعل تزكية الشهود أمراً واجباً فيزكى من الشهود من ظهر عليه علامة الشر ولم يتحقق منه أنه فعل ذلك إلا فى ضرورة السفر فإنه تقبل شهادة القافلة بعضهم لبعض فيما يقع بينهم من المعاملات والـكراءات عند حاكم القرية التى مروا بها وإن لم يعدلوا » .

وقال ابن رشد — رضى الله عنه : لا خلاف أعلمه فى المذهب أن المجهول الحال لا تجوز شهادته حتى يعدل لقوله تعالى « ممن ترضون من الشهداء » ولا يرضى إلا من عرفت عدالته .

وقد ذكر الفقهاء : أن العدل يشترط فيه البعد عن كل ما يخل بالمروءة من أفعال مشينة ويدل على حقارة النفس عند أهل الفضل من الناس عموما ، أو فعل من الأفعال فى بلد لا يعتادونه كالأكل فى السوق والمشى حافياً .

وقال ابن عرفة من المالكية :

« المروءة هى المحافظة على فعل ما تركه مباح يوجب الذم عرفاً كترك الملء الانتعال فى بلد يستقبح فيه مشى مثله حافياً ، وعلى ترك ما فعله مباح يوجب الذم عرفاً كالأكل فى السوق أو فى حانوت الطباخ لغير الغريب » .

وقد قال ابن رشد فى تعريفه للعدالة :

« إنها اجتناب الكبائر واتقاء الصغائر وحفظ المروءة .

« وقد يكون العمل بالحرف الدنيئة مخلا بالعدالة كالدباغة والحجامة والحياكة فيمن يزرى به التحرف بها ، وليس المحترف من أهل هذه الحرف ، وعللوا ذلك بأن هذه الحرف يكثر كذب المشتغلين بها واخلاف المواعيد عادة ، فنفس التعاطى لهذه الحرف ليس مخلا وإنما المخل هو الكذب ، أى أن شأن هؤلاء الكذب .

« وأما إذا كانت هذه الحرف غير مزرية وكان المحترف من أهلها فلا تقدح فى العدالة ، وكذلك فإن الدنىء من الحرف والصناعات لا يظل دنيئاً فى كل زمان ومكان ، فإن الأمور تتبدل وتتغير بحسب العادات والأحوال » .

وقد قال الإمام الشاطبى – رحمه الله تعالى – عند الكلام عن العادات المتبدلة :

« ومنها ما يكون متبدلا فى العادة من حسن إلى قبيح وبالعكس ، مثل كشف الرأس فإنه يختلف بحسب البقاع فى الواقع فهو لذوى المروءات قبيح فى البلاد المشرقية وغير قبيح فى البلاد المغربية فالحكم الشرعى يختلف باختلاف ذلك فيكون عند أهل المشرق قادحاً فى العدالة وعند أهل المغرب غير قادح » .

وإذا كان الشارع قد نص على اشتراط العدالة فى الشهود فإذا ما ترك الإنسان الكبائر واتقى الصغائر فإن ما يخل بالمروءة بعد ذلك ويعتبر قادحاً فى العدالة يرجع فيه إلى العرف كما تبين من كلام فقهاء المذاهب .

وإذا كان التشريع الإسلامى قد حاط الشهادة بهذه العناية وبالشروط التى اشترطها فى الشهود الذين تقبل شهادتهم ، فإن ذلك لما يترتب عليها من أحكام فى الوقائع الكبيرة والصغيرة فإن الشارع مع ذلك ذكر أموراً لا تقبل فيها شهادة المرء ولو كان عدلا وهى : شهادة الوالد لولده والولد لوالده والزوج لزوجته والزوجة لزوجها ، ولا تقبل شهادة من عدو على عدوه ، ولا شهادة رجل حريص على أداء الشهادة ، ولا شهادة مدين لدائنه وغير ذلك مما ذكره الفقهاء فى الشهادة .

والتشريع الإسلامى حاط الشهادة بهذه الشروط فى قبولها حتى يستطيع القاضى أن يحكم بموجبها فيأخذ كل ذى حق حقه إعتماداً على أن الشهادة مقبولة من شهود عدول وجدت فيهم صفات العدالة فى كل أحوالهم .

ويتعلق بهذا الموضوع أمران :

(١) هل يحكم القاضى بعلمه فى الشهود ؟

قال جمهور المالكية : « إن القاضى يحكم بعلمه فى الشهود بما علم من

عدالتهم أو تجريحهم وهذا محل اتفاق عند المالكية ، إلا « ابن المواز » فإنه قال : تقدم بينة التعديل على علمه بالتجريح » وقد رد ابن عبد البر قوله بالإجماع على أن القاضى يحكم بعلمه فى الشهود علم منهم إلا أن يطول زمن ما بين علمه بالتجريح و بين الشهادة بالتعديل فيعمل القاضى على تعديل الشاهد وتزكيته ، وهذا هو المروى عن ابن القاسم وأما إذا علم بعدالتهم وجرحهم آخرون فالحق أنه لا يعمل بعلمه فيهم لأن غيره علم ما لم يعلم ، إلا أن يتحقق نفس السبب الذى جرحوه به كما لو جرحوه بشرب الخمر وقت كذا وهو يعلم أنه أكره عليه » .

(٢) هل يحكم القاضى بعلمه فى الوقائع مع فساد الزمان وتغيره ؟

قال المالكية : لا يقضى القاضى بعلمه فى الحوادث التى علمها قبل ولايته ولا بما علمه بعدها وقبل جلوسه للحكم ، ولو جلس القاضى للحكم وقبل استدعاء المتخاصمين سمع أحدهما يقر للآخر فلما تقدم أمام القاضى أنكر ما أقر به ، والقاضى يشهد ذلك كله ويراه ، فإن حكم بشىء من ذلك نقض حكمه فى المسألة الأولى ، وهى إذا حكم بما علمه قبل ولايته وعلى المشهور فيما عداها .

واستظهر ابن عبد السلام من المالكية عدم نقض حكمه مراعاة لمن أجاز له الحكم بعلمه كأبى حنيفة رضى الله عنه — وهو ظاهر الرواية عند الحنفية فى غير الحدود الخالصة لله تعالى كدعاوى الأموال والزوجية والقصاص وحد القذف والسرقة فى حق المال لا فى حق القطع .

وقد استدل المتقدمون من الحنفية على ذلك :

بأن النص والإجماع أفادا جواز القضاء بالبينة والقاضى يحصل له بالبينة غلبة ظن الصدق فيدل بطريق الأولى على جواز القضاء بعلم القاضى

المستفاد من الحس لأن الحاصل بالحس هو القطع واليقين فيما عدا الحدود .

ولكن المتأخرين من الحنفية أفتوا بأن علم القاضى لا يكون طريقاً للقضاء فى الوقائع لفساد الزمان وتغير الأحوال والعرف ، حيث كثرت العداوات والأحقاد وغلب الظلم بحيث أصبح القاضى مشكوكا فى صدق دعواه العلم فى الواقعة موضوع النزاع ومتهما فى قضائه ، وقد ذكر الحموى فى شرح الأشباه لابن نجيم ، عن ابن سماعة :

« إن محمداً بن الحسن رجع عن رأيه الأول إلى هذا القول » .

وقال ابن نجيم « إن الفتوى على قول محمد المرجوع إليه . وأنه لا اعتبار بعلم القاضى » وفى جامع الفصولين « أن الفتوى على قول محمد — رحمه الله تعالى » .

هذا ورأى الإمام مالك ـ رحمه الله تعالى ـ والذى قال به المتأخرون من فقهاء الحنفية وما روى أن محمد بن الحسن رجع إليه ، رأى له اعتباره ويجب العمل به نظراً لما عليه الحال من ضعف النفوس والوازع الدينى وتغلب الأهواء والشهوات حتى أصبح الاتهام غالباً على الناس(١) .

---

(١) يراجع فى هذا البحث خلاف ما ذكر فى البحث السابق — الموافقات للشاطبى ج ٢ ص ٢٨٢ والمقارنات التشريعية للسيد حسين عبد الله ج ٣ ص ١٦ ، ١٧ ورسالة العرف للعوادة للشيخ أبى سنة ص١٢٠ وشرح الحموى على الأشباه ، وجامع الفصولين .

الباب السادس

العرف واختلاف الفقهاء

(١) هل كان للعرف أثر فى اختلاف الفقهاء ؟

(٢) هل كان للعرف أثر فى انتقال الإمام الشافعى لمذهب الجديد ؟

(١) هل كان للعرف أثر فى اختلاف الفقهاء ؟

لقد تقدم أن الأدلة قامت من الكتاب والسنة والإجماع على اعتبار العرف فى التشريع وأن العرف قد رجع إليه فى الفقه الإسلامى فى مسائل كثيرة ، والأحكام المبنية على العرف والمعللة به تتغير إذا تغير مناطها ، كما ذكر الفقهاء أن العرف يخصص العام ويقيد المطلق ويقضى على القواعد العامة والقياس كما قالوا : بجواز أمور كثيرة استحساناً وتحقيقاً للمصلحة نظراً التعامل الجارى فى المجتمع دفعاً للضرر والمشقة .

فهل للعرف بهذه الصفة أثر فى اختلاف الفقهاء ؟ والإجابة على ذلك تستدعى ذكر كلمة مجملة عن عصور التشريع حتى عصر المذاهب .

أولا — لقد كان التشريع فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يؤخذ من مصدرية الكتاب والسنة ولم يدون الفقه الإسلامى فى عهد رسول الله ﷺ وقد جاء بعض نصوص التشريع فيهما مجملة وبخاصة

فى القرآن الكريم ، ولم يخض فى التفريعات والتفصيل لتكون الشريعة الإسلامية صالحة للعمل والتطبيق فى كل زمان ومكان .

ولم يأت فى هذا العصر من الأحكام الفرعية إلا ماكان منها لا يتأثر بتغير الزمن أو البيئة سواء أكان بالإقرار أو الإلغاء لما تعارف عليه الناس ، أو ما يجب أن يكونوا عليه ، وما بقى بعد ذلك من تشريع الجزئيات التى تتغير وتتبدل فقد اكتفى فيه بالقواعد العامة .

وكان المسلمون فى عهد رسول الله — صلى الله عليه وسلم — يرجعون إليه فى الوقائع والحوادث التى تحدث أو تجد ليحكم فيها ، ولذا كان التشريع الإسلامى فى هذا العصر أكثر ما يكون بمناسبة لحوادث ووقائع حدثت فى المجتمع الإسلامى ، وكانت آيات الأحكام تنزل حسب تطور الجماعة وأحوالها ، حتى كملت الشريعة واستقرت لتعمل فى جميع أمور الحياة وكانت السنة مع القرآن مبينة أو مفسرة أو مكملة بأنواعها القولية والعملية والتقريرية .

ثانياً — عصر الصحابة والتابعين :

فى هذا العصر انقطع الوحى ، وسارت الفتوحات الإسلامية شرقاً وغرباً وشمالا وجنوباً فاتسعت الدولة الإسلامية اتساعاً عظيماً ودخلت الشام والعراق ومصر وفارس وغيرها فى نطاق الدولة الإسلامية .

وقد واجه المسلمون بسبب هذا الفتح مسائل ووقائع كثيرة فى كل شأن من شئون الحياة تحتاج إلى تشريع لم يكونوا وهم فى جزيرة العرب فى حاجة إليه ، فما كان فى العراق من نظم يخالف ماكان فى مصر وما فى مصر يخالف ما فى الشام وكل ذلك يخالف ما فى جزيرة العرب ، وأصبحت

الدولة فى حاجة إلى تنظيم شئونها المالية والدفاعية ومعاملة أهل هذه البلاد وعلاقتهم بالفاتحين ، ولم ينص القرآن والسنة على المسائل الجزئية ما كان منها وما هو كائن — كما سلف — فنتج عن ذلك الاهتمام بالتشريع لمواجهة الحوادث والوقائع الجديدة وظهرت آراء الفقهاء وفتاواهم ، ومنها نعلم أسباب اختلافهم فى هذا العصر .

وهذا الاختلاف جاء نتيجة لمرونة النصوص الشرعية ، وليست هذه المرونة بالتى تجعل النصوص تخضع لغير المصلحة أو لإلحاق ضرر ، وإنما هى المرونة التى أعطت لكل باحث مجتهد وجهة نظر محددة ومقيدة بالإطار العام لمقاصد الشريعة الإسلامية التى جاءت لتحقق المصلحة وتدفع المفسدة - كما سلف .

ولذلك لم ينته تأويل الفقهاء للنصوص الشرعية إلا إلى إدراك نتائج متعددة تبعاً لتعدد أساليب الفهم والاستنباط وتطور المقاييس الفكرية وتغير الظروف الاجتماعية ، وحملت كل نتيجة من هذه النتائج المتعددة رأياً له وجاهته واعتباره على أى حال ، تختار الجماعة منه ما يترجح لديها ، وقد يؤخذ فى وقت آخر بغيره أو بوجهة نظر مخالفة أو اجتهاد آخر نظراً لتغير العرف والزمان .

وقد ظهر فقه الرأى فى هذا العصر وكان زعيم فقهائه عمر بن الخطاب وابن مسعود — رضى الله عنهما — مما كان له أثر كبير بعد ذلك فى ظهور مدرستى الرأى والحديث فى عصر المذاهب .

ثالثاً — عصر المذاهب :

لقد استقرت الدولة الإسلامية فى هذا العصر وانتشرت المدارس الفقهية فى أماكن كثيرة فى أنحاء الدولة الإسلامية .

والاجتهاد بالرأى فى هذا العصر عند عدم وجود النص كان يسير على الوجه الآتى :

١ — أن يستنبط الفقهاء أحكام الحوادث الجديدة من القواعد العامة التى جاء بها القرآن والسنة .

٢ — أو يقيسوها على ما ورد فيها من أحكام أخرى فى الفروع .

٣ — أو يراعوا روح الشريعة ومقاصدها العامة التى علموها من أسس التشريع الإسلامى التى قام عليها ، وهى اليسر ورفع الحرج وقلة التكاليف وتحقيق العدالة .

وقد وجد الفقهاء الدولة الإسلامية على اتساعها واختلاف أعراف الناس وعوائدهم فى المعاملات ونظام الأسرة وغير ذلك ، تحتاج إلى عمل دائب لوضع أحكام لوقائع لم تكن فى الزمن الماضى ، وحينئذ بدأ الفقهاء يذكرون العرف كثيراً فى فتاواهم ويتحدثون عن اعتباره فى التشريع ، وليس هذا بجديد فقد رأوا أن الشريعة راعته فى مسائل كثيرة جاءت أحكامها مطلقة ، مثل النفقة ، وكفارة اليمين وغيرها ـ كما سلف ـ كما قامت الأدلة على اعتباره فى التشريع الإسلامى ، ولذا لم يكن هناك بد من القول باعتباره وبناء الأحكام عليه(١) .

فالإمام مالك ـ رضى الله عنه ـ يرجع إليه فى بناء كثير من الأحكام وبخاصة عرف أهل المدينة ، ويسأله أحد تلاميذه عن الفتوى فيما يجب على الزوج فى وليمة العرس ونحو ذلك فيقول بعد أن يقال له : إن هذه هى عادة الناس : « إن كانت لهم به عادة فليفرض عليهم » ثم يضع ما يشبه

(١) يراجع معنى اعتبار العرف وأدلة اعتباره ص ١٤٨ وما بعدها.

القاعدة العامة فى البيع والتى أخذ بها المتأخرون من فقهاء الحنفية والشافعية والحنابلة — كما تقدم فى « المعاطاة » وهو قوله : كل ما عده الناس بيعاً فهو بيع . كما قال باعتبار عرف أهل المدينة — وهو عرف خاص[1] .

والإمام أبو حنيفة — رضى الله عنه — يأخذ بالعرف ويرجع إليه فى المعاملات ، وقد اشتهر عنه القول بالاستحسان الذى ترجع كثير من مسائله إلى العرف أو استحسان العرف — كما سلف[2] — وجاء فى مناقب أبى حنيفة للموفق المكى[3] .

قال سهل بن مزاحم : « كلام أبى حنيفة أخذ بالثقة وفرار من القبح والنظر فى معاملات الناس وما استقاموا عليه وصلحت عليه أمورهم ، يمضى الأمور على القياس فإذا قبح القياس يمضيها على الاستحسان مادام يمضى له فإذا لم يمض له رجع إلى ما يتعامل به المسلمون » اهـ .

وغير ذلك مما تقدم ، يدل على أن فقهاء الحنفية قد أخذوا بالعرف وبنوا عليه كثيراً من الأحكام .

والإمام الشافعى — رضى الله عنه — قد أخذ بالعرف واعتبره فى بناء كثير من الأحكام كما تقدم فيما نقل عن الأم فى (العرف والإجماع) فى الدية .

---

(١) يراجع ص ١٩٦ فى شروط العرف .

(٢) العرف والاستحسان ص ٣٩٨ — ٤٠٦

(٣) جـ ١ ص ٨١

كما ذكر فى الرسالة أن العلم به من أدوات الفتوى بالنسبة للمفتى وللحاكم فى القضاء والفتوى وذلك فى عبارة موجزة فى الرسالة حيث يقول فى باب الاجتهاد :

« لا يحل الفقيه عاقل أن يقول فى ثمن درهم ولا خبرة له بسوقه » .

وذكر ابن القيم : أن الإمام الشافعى ــ رضى الله عنه ــ قال فيما رواه ــ عنه الخطيب فى كتاب الفقيه والمتفقه له :

« لا يحل لأحد أن يفتى فى دين الله إلا رجل عارف بكتاب الله تعالى ... بصير بحديث رسول الله ﷺ ويعرف من الحديث مثل ما عرف من القرآن ويكون بصيراً بالشعر وما يحتاج إليه للسنة والقرآن ، ويستعمل هذا مع الإنصاف ، ويكون بعد هذا مشرفاً على اختلاف أهل الأمصار » واختلاف أهل الأمصار هو العرف(١) .

والإمام أحمد ــ رضى الله عنه ــ قد أخذ بالعرف واعتبره فى بناء الأحكام ، وقد تقدم فى « المعاطاة » أن تحكيم العرف واعتبار دلالته على ما يقصده المرء من تصرفاته هو ظاهر مذهب الإمام أحمد ــ رضى الله عنه ــ كما ذكره ابن تيمية(٢) .

وقد جاء فى المغنى لابن قدامة عبارة تشبه أن تكون قاعدة فى هذا الموضوع وهى :

« إن ما جاء مطلقاً فى الشريعة من الأحكام يرجع فيه إلى العرف » .

---

(١) أعلام الموقعين ج ١ ص ٣٨ ، كما يراجع ج ٢ ص ٣٢٢

(٢) يراجع ما تقدم فى بيع المعاطاة .

ويقول ابن القيم فى أعلام الموقعين :

« إن العرف جرى مجرى النطق فى أكثر من مائة موضع » .

ومع ذلك لم أجد أحداً من الذين كتبوا فى أسباب الخلاف بين الفقهاء ذكر العرف أو تعرض له عند ذكر أسباب الخلاف بينهم .

وذكر الإمام الشاطبي فى الموافقات (١) :

« أنه لا ينبغى أن يعد اختلافاً بين الأئمة إلا ما كان خلافاً على الحقيقة » اهـ .

وبعد هذا أقول :

« إن العرف تبنى عليه الأحكام باتفاق وإن اختلفوا فى التفاصيل كما اتفقوا على أن الكتاب حجة واختلفوا فى التفريعات فهل بينهما فرق ؟ » .

رأى ابن خلدون فى هذا الموضوع ومناقشته :

لابن خلدون (فى مقدمته) رأى يذكر فيه . أن البلد الذى نشأ فيه الإمام له أثر فى تكوين مذهبه ، ويستدل على ذلك بمذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — عند تعليله لانتشاره فى المغرب والأندلس ، وأذكر ما قاله فى ذلك مع الرد عليه بما يفيد عدم صحته وكذلك رد الأستاذ أحمد أمين عليه فى فجر الإسلام(٢) .

---

(١) جـ ٢ ص ٨٢

(٢) ص ٢٢٥

وقال ابن خلدون :

« وأيضاً فالبداوة كانت غالبة على أهل المغرب والأندلس ، ولم يكونوا يعانون الحضارة التى لأهل العراق فكانوا إلى الحجاز أميل لمناسبة البداوة ، ولهذا لم يزل المذهب المالكى غضاً عندهم ولم يأخذه تنقيح الحضارة وتهذيبها كما وقع فى غيره من المذاهب » اهـ .

ويرد على ذلك :

١ — أن كلام ابن خلدون قد جانبه الصواب . لأن مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — هو الفقه الذى يعرفه علماء القانون بأنه الفقه الواقعى ، ومعروف أن القانون الفرنسى مأخوذ من مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — فكيف يستقيم هذا الذى ذكره ابن خلدون ، والمعروف فى أسباب انتشار مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — فى المغرب والأندلس أن المغاربة والأندلسيين — وقد كان فى الأندلس حضارة — كانوا على صلة بالحجاز أكثر من صلتهم بالعراق نظراً لذهابهم إلى الحج ومقابلة الإمام مالك ، والسماع منه والأخذ عنه كما عمل بعض حكام الأندلس والمغرب على نشر مذهبه فى بلدهم كما هو معروف .

٢ — ويرد أحمد أمين على ابن خلدون فيقول :

« فهو — أى ابن خلدون — يريد أن يقرر ، أن البلد الذى نشأ فيه الإمام أو بداوته له أثر خاص فى تكوين مذهبه من كثرة الفروع وقلتها ، بل يظهر أن لها كذلك أثراً فى تكوين رأيه ... والظاهر أن هذا المنزع ، أعنى تقدير الإمام للظروف التى تحيط به وتأثيرها فى آرائه إنما يكون حيث لا يصح نص عند الإمام ، فأما إذا صح فلم يكن لهذه الظروف أثر فى تكوين رأيه .

ودليلنا ، على ذلك مثلا ما نرى من أن مذهب أبي حنيفة اعتبار الكفاءة في الزواج نسباً ، فقريش عنده أكفاء لبعض ، وليس سائر العرب أكفاء لقريش ، والموالى ليس بكفء للعرب ، مع أن الإمام مالكا يقول : لا تعتبر الكفاءة إلا في الدين لأنه صح عنده قوله — صلى الله عليه وسلم :

(الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي إنما الفضل بالتقوى) ولو كانت المسألة لتقدير الظروف فقط لانعكس المذهبان » اهـ .

وهذا الرأي يتفق مع ما أشير إليه أكثر من مرة أنه لا عمل للعرف حيث وجد النص ، لأن النص الشرعي هو محل نظر الفقيه أولا قبل أي شيء آخر ، والإمام مالك — رضى الله عنه — صح عنده الحديث المذكور فلم يقل بالكفاءة في النسب مع أن ذلك عرف العرب الذين عاش معهم وبينهم يدرس ويعلم مدة طويلة من الزمن كان من الممكن أن يظهر ها تأثيرها فيه .

أما الخلاف بين الإمام مالك — رضى الله عنه — وغيره من الفقهاء حول عمل أهل المدينة فقد سبق أن قلت : أن الفقهاء الذين قالوا باعتبار العرف الخاص لا يحق لهم أن يعترضوا على القول بعمل أهل المدينة أو عرف أهل المدينة ، لأنه أولى منه بالاعتبار .

وقد اعتبر المالكية عرف أهل المدينة ، لأن المدينة كان بها رسول الله ﷺ وهى مهبط الوحي ومجتمع الصحابة ومن جاء بعدهم من التابعين ، وكانت حاضرة الخلافة إلى زمن على — كرم الله وجهه — وكان

بها من فقهاء المسلمين الفقهاء السبعة وغيرهم كنافع مولى ابن عمر وابن شهاب الزهري وربيعة بن عبد الرحمن (ربيعة الرأى) وهؤلاء كانوا يجتهدون فيما بينهم فيما لا نص فيه، وكانوا يختلفون فى الرأى كما كانوا يتفقون وإن كان الغالب عليهم الاختلاف أكثر من الاتفاق إلا أنه مع ذلك كان لهم عرف فى بعض الأمور اتفقوا عليه، وأصبح عرفاً مستقراً عندهم استحسنوه ولم ترده الشريعة وكان متفقاً مع مقاصدها العامة وهو على ضربين:

أحدهما — ما وافق فيه أهل المدينة غيرهم.

الثانى — ما اتفق عليه أهل المدينة وخالفهم فيه غيرهم.

وهذان هما مراد المالكية بعرف أهل المدينة الذى اعتبروه فى بناء الأحكام، ومستندهم فى هذا إما السنة القولية أو التقريرية أو الفعلية أو الاجتهاد.

ومثال الأول: الذى يرجع إلى السنة وجرى مجرى النقل عن النبى ﷺ نقلهم لمقدار الصاع والمد وكتركهم صدقة الخضراوات والأحباس فهذا لم يختلف فيه الفقهاء وذكر ابن تيمية أنه حجة عند الشافعى وأحمد رضى الله عنهما.

وقد ذهب إلى ذلك أصحاب أبى حنيفة — رضى الله عنه — وذلك أنه لما ذهب أبو يوسف ومحمد بن الحسن إلى المدينة واجتمعا بالإمام مالك وسأله الإمام أبو يوسف عن مقدار الصاع والمد وتثنية الأذان وإفراد الإقامة، وأجاب الإمام مالك — رضى الله عنه — بنقل أهل المدينة

المتواتر فيها — رجع إلى قول الإمام مالك ، وقال « لو رأى صاحبي — يقصد أبا حنيفة — ما رأيت لقال به » اهـ .

ومعنى هذا أن أبا يوسف رأى أن ما جرى عليه عمل أهل المدينة بهذه الصفة لا ينازع أحد في كونه حجة حيث استمر العمل به من عهد النبي ﷺ إلى زمن الإمام مالك — رضي الله عنه — وقد ترك المالكية به أخبار الآحاد .

القسم الثاني : ما يرجع إلى الاجتهاد :

كانت الحركة العلمية في المدينة تعمل على مواجهة أمور الحياة بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم وكان في المدينة أكابر الصحابة كعثمان وعلي بن أبي طالب وطلحة والزبير وسعد بن أبي وقاص وعبد الرحمن ابن عوف — رضي الله عنهم — وهم أهل الشورى وغيرهم وكان عمر ابن الخطاب - رضي الله عنه — يشاورهم ويرجع إلى رأيهم فيما لم يجد فيه شيئاً عن رسول الله ﷺ .

وكان بعض الصحابة في الأمصار الأخرى يفتون فيها ويرجعون إلى أهل المدينة كما حدث من عبد الله بن مسعود — رضي الله عنه — في الكوفة فقد أفتى في بعض المسائل ثم جاء إلى المدينة فرد عليه بعض الصحابة قوله فرجع إلى قولهم .

وفي عهد التابعين حدث الاختلاف بين فقهاء المدينة ومع هذا وجد في المدينة أعراف مستقرة أجمعوا عليها ومستندها هو الاجتهاد - كما سلف في الحديث عن خيار المجلس في البيع . وتأجير بعض المهر في الزواج

وحكم المطالبة بالمؤجل(١) .

وأهل المدينة فيما ذهبوا إليه ما كانوا ينفذون رأياً من الآراء التى توجد عندهم فى المدينة إلا بعد تصويب الفقهاء الذين يرجع إليهم فى الأمور الشرعية له ، ويدل على ذلك ما رواه الإمام مالك — رضى الله عنه — فى الموطأ عن يحيى بن سعيد قال : سمعت القاسم بن محمد يقول : « إن يزيد بن عبد الملك بن مروان أمير المدينة فرق بين رجال وبين نسائهم وكن أمهات أولاد رجال هلكوا فتزوجوهن بعد حيضة أو حيضتين ففرق بينهم حتى يعتدون أربعة أشهر وعشراً ، فقال القاسم بن محمد : سبحان الله يقول الله فى كتابه : (والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً) ما هن من الأزواج ، فرأى القاسم بن محمد أن عدتهن حيضة واحدة . قال الإمام مالك وهو الأمر عندنا » اه .

وهذه الأعراف التى مرجعها إلى الاجتهاد لم يتفق المالكية على اعتبارها لأن منها ما كان مبنياً على عرف أهل المدينة فى زمن الإمام مالك — رضى الله عنه — أو قبله والعرف تغير وتبدل فقد كان عرف أهل المدينة فى وقت أن المرأة لا تدخل حتى تقبض جميع صداقها ثم تغير وأصبح العرف جواز تأجيل بعض الصداق والمطالبة به متى شاءت كما تقدم .

وقد جاء فى موطأ الإمام مالك — رضى الله عنه — ذكر الكثير من أعراف وعادات أهل المدينة وقد روى محمد بن الحسن — رضى الله عنه — الموطأ عن الإمام مالك مضيفاً بذلك علم أهل الحجاز إلى علم أهل العراق ، وقد أزال ذلك كثيراً من الخلاف والجفوة التى كانت بين علماء البلدين ، كما ذكر الإمام أبو يوسف فى عبارته المتقدمة ، وذلك لأن نظر المالكية

---

(١) يراجع ما ذكر فى مجال قاعدة العرف ويراجع ما تقدم فى العرف والإجماع .

إلى عرف أهل المدينة لا لمجرد كونه عرف أهل المدينة ، وإنما لأن له مستنداً شرعياً .

وكذلك وجد فى العراق من علماء المالكية القاضى عبد الوهاب بن نصر البغدادى والقاضى اسماعيل بن اسحاق — وغيرهما — من الذين حملوا مذهب الإمام مالك — رضى الله عنه — إلى العراق ودرسوه هناك ، وكانت لهم آراء فقهية مخرجة على أصول مذهب مالك تتوائم والعرف الذى وجد فى العراق كما فعل علماء المالكية فى مصر والمغرب والأندلس ، وكما فعل فقهاء الحنفية فى العراق وما وراء النهر ، والشافعية فى الأمصار التى وجدوا فيها ، ولا أستطيع بعد ذلك أن أقول : ان اعتبار العرف أو تطبيق القواعد العامة عليه يعتبر سبباً من أسباب الخلاف التى تذكر عند الحديث عن أسباب اختلاف الفقهاء لأنه لا يعد خلافاً على الحقيقة — كما أشار إليه الإمام الشاطبى — وإن كان العرف مع ذلك أثر فى اختلاف الفروع فى المذهب الواحد أو بين المذاهب المختلفة فهو ليس اختلافاً على الحقيقة ، لأن الكل متفق على تحكيم العرف فى الوقائع وبناء الحكم عليه كما تقدم .

٢ — هل كان للعرف أثر فى انتقال الإمام الشافعى للمذهب الجديد ؟

بين مولد الإمام الشافعى — رضى الله عنه — سنة (١٥٠ هـ) ووفاته سنة (٢٠٤ هـ) تنقل — رضى الله عنه — كثيراً من غزة حيث ولد إلى مكة ، ثم إلى البادية ليتعلم اللغة والأدب ، وقد وجد البادية عادات وتقاليد تخالف عادات المدن فتعرف على أحوالهم وشئونهم . ثم عاد إلى مكة ليجد فيها عادات وأعراف غير ما وجده فى البادية ، وباعتبارها البلد الحرام الذى يفد إليه الحجاج من بلاد كثيرة فى الشرق والغرب تعددت الوقائع

التي تحدث فيها واحتاج فقهاء مكة إلى البحث عن أحكام لهذه الوقائع .

وقد طلب الإمام الشافعي — رضى الله عنه — العلم عمن كان فى مكة من الفقهاء والمحدثين حتى أذن له فى الفتيا مسلم بن خالد الزنجى ، وقال له : « أفت يا أبا عبد الله فقد آن لك أن تفتى » ثم رحل إلى المدينة ليجد فيها من العادات والأعراف ما لم يجده فى غيرها ، ولأهلها معاملات فى شئون الزراعة لم تكن فى مكة ورأى الإمام مالكا — رضى الله عنه — يفتى فى الوقائع حسب العرف الجارى فى المدينة ، وكان الإمام الشافعى - رضى الله عنه — يكبر أستاذه ويحترمه فتأثر به تأثراً كبيراً .

ولما فارق الإمام مالك - رحمه الله تعالى - وقد نال الشافعى - رضى الله عنه - من العلم شأواً بعيداً ، وكان ما يزال فقيراً فكر فى عمل يرتزق منه حتى يدفع عن نفسه الحاجة والفقر فساعده (مصعب بن عبد الله القرشى) قاضى اليمن على أن يلى عملا فى اليمن فوليه وأحسن السيرة فيه ، وقد رأى فى اليمن عادات ووقائع لم يرها فى مكة أو المدينة تستدعى منه وهو الوالى الفقيه العالم ، أن يضع لها حلولا وأحكاماً حتى تنتهى هـــذه المشاكل وأصبح بحكم عمله الذى استمر إلى سنة (١٨٤ هـ) خبيراً بأحوال الناس وأعرافهم وعاداتهم نظرياً وعملياً .

ثم بعد ذلك ذهب إلى بغداد متهماً بالتشيع ، وبعد براءته من هذه التهمة عاد إلى مكة ليرجع إلى العراق مرة أخرى ، ولزم الإمام محمد بن الحسن صاحب أبى حنيفة - رضى الله عنهما - أثناء إقامته فى العراق ، وأخذ عنه فقه الحنفية كما درس كتبه التى وضعها . . وبعد أن استقر فى العراق لمدة سنتين وجد أنه بعد هذه الرحلات واطلاعه على أعراف الناس وعوائدهم وفقه المدينة والعراق ، لا بد له أن يدون مذهبه الذى وصل إليه بدل أن يعد من أتباع الإمام مالك — رضى الله عنه — فوضع

كتابه (الحجة) والذى يسمى بالكتاب القديم أو المذهب القديم .

وقد كان كتاب (الحجة) رداً على كتب الحنفية كما ذكر الخطيب البغدادى فى (تاريخ بغـــداد) وابن حجر العسقلانى فى توالى التأسيس «فلما أراد أن يضع مذهبه الذى يخالف فيه الحنفية وغيرهم وضع كتبه الجديدة (أو المذهب الجديد) بعد رحلته إلى مصر» قال ابن حجر :

«إن الإمام الشافعى وضع كتابه البغدادى بعد أن نظر فى كتب أبى حنيفة» .

وذكر فى ذلك عن البويطى قوله :

«قال الشافعى — رضى الله عنه — اجتمع علىّ أصحـــاب الحديث فسألونى، أن أضع على كتاب أبى حنيفة، فقلت : لا أعرف قولهم حتى أنظر فى كتبهم فأمرت فكتب لى كتب محمد بن الحسن فنظرت فيها سنة حتى حفظتها، ثم وضعت الكتاب البغدادى (يعنى الحجة)» اهـ .

وقال ابن حجر أيضاً :

«انتهت رياسة الفقه فى المدينة إلى مالك بن أنس، ورحل إليه الشافعى ولازمه وأخذ عنه وانتهت رياسة الفقه بالعراق إلى أبى حنيفة فأخذ الشافعى عن صاحبه محمد بن الحسن حملا — من الكتب — ليس فيها شىء إلا وقد سمعه عليه فاجتمع له علم أهل الرأى، وعلم أهل الحديث فتصرف فى ذلك حتى أصل الأصول وقعد القواعد وأذعن له الموافق والمخالف واشتهر أمره وعلا ذكره وارتفع قدره حتى صار منه ما صار» اهـ .

وبعد العراق رحل الإمام الشافعى — رضى الله عنه — إلى مصر ،

وقد جمع فقه العراق بعد فقه المدينة ليواجه فيها حياة وحضارة لم يجدها في غيرها من البلاد ، فالمصريون عندهم أنواع من المعاملات لا يتعامل بها أهل العراق ولهم أنماط من الحياة الاجتماعية مختلفة تتطلب تشريعاً يوائمها ويتلاءم معها في داخل الإطار العام للشريعة الإسلامية ، حيث يوجد النيل في مصر ونظام للزراعة والري غير نظام دجلة والفرات في العراق ، وذلك يستتبع اختلافاً في الخراج وما إليه .

وكان لهذا وغيره أثر جعل الإمام الشافعي — رضي الله عنه — يعمل على وضع حلول وفتاوى لما عرض عليه في مصر لأن الفقيه المجتهد مطالب بالفتوى فيما يعرض عليه من مسائل تحتاج إلى حكم شرعي .

وقد لقي الإمام الشافعي في مصر فقهاءها وعلماءها من المالكية مثل ابن عبد الحكم وتلاميذ الليث بن سعد — رضي الله عنه — وتحدث معهم وتناظروا في كثير من المسائل الفقهية وقد كان لذلك وغيره أثر في تمحيص الإمام الشافعي — رضي الله عنه — لكثير من آرائه التي قال بها في العراق وغيرها ، وأصبحت هذه الآراء والفتاوى التي حدثت في مصر تعرف بالمذهب الجديد أو الأقوال الجديدة التي كان يحرص على أن يأخذ بها أصحابه ويتركوا مذهبه القديم .

ولذلك عني الفقهاء بكتبه الجديدة أكثر من القديمة ، وقد روى أن الإمام أحمد — رضي الله عنه — قال لمحمد بن وارة . إذ قدم إلى بغداد من مصر (هل كتبت كتب الشافعي) قال . لا ، قال الإمام أحمد : (فرطت) فرجع إلى مصر فنسخ الكتب ، التي وضعها في مصر ، كما روى أن الإمام أحمد — رضي الله عنه — قال :

« عليك بالكتب التي وضعها بمصر فإنه وضع هذه الكتب بالعراق ولم يحكمها ثم رجع إلى مصر فأحكم تلك » اهـ .

فما الذى يفهم من عبارة الإمام أحمد (ولم يحكمها) فهل تدل على أن الإمام الشافعى غير مذهبه أو اجتهاده الذى كان عليه قبل مجيئه إلى مصر وإذا كان الأمر كذلك فهل للعرف أثر فيه .

هذا هو ما سأحاول الإجابة عنه :

« إن قول الإمام أحمد — رضى الله عنه — ولم يحكمها ثم رجع إلى مصر فأحكم تلك لها كل الدلالة على أن اجتهاد الإمام الشافعى — رضى الله عنه — تغير تغييراً شاملا وبخاصة إذا علم أن الإمام أحمد كان من رواة الكتاب القديم (الحجة) أو المذهب القديم فى العراق » .

وهذا التغيير الشامل لمذهبه هو ما يفهم من كلام النووى — رحمه الله تعالى — فى (مقدمة المجموع) حيث قال :

« إنه لم يعد يفتى على المذهب القديم للإمام الشافعى — رضى الله عنه — إلا فى سبعة عشر مسألة ، وقد ذكر هذه المسائل وأغلبها فى العبادات ، كما ذكرها السيوطى فى آخر كتابه (الأشباه والنظائر) .

وقد اشتهر أن القديم ما قاله بالعراق إفتاء وتصنيفاً وسمى كتابه (الحجة) والجديد ما قاله فى مصر إفتاء وتصنيفاً .

وهذا تقسيم قاصر لأن المذهب الجديد يقابل القديم فيما لو اختلف حكم الحادثة الواحدة أما لو انفردت حادثة بحكم فى القديم أو فى الجديد فإن هذا يعتبر قسما ثالثاً .

ولهذا أقول بقول من قال :

« إن القديم هو ما قاله قبل دخوله مصر ولم يستقر رأيه عليه ، والجديد ما استقر رأيه عليه فى مصر وإن كان قد قاله فى العراق » .

وأعيد السؤال مرة أخرى ، وهل كان للعرف أثر فيه ؟

إن أول من أثار الحديث فى هذا الموضوع كما أعلم هو الأستاذ أحمد أمين فى كتابه « ضحى الإسلام » حيث ذكر :

أن ما وجده الإمام الشافعى — رضى الله عنه — من أعراف وعادات لها أثر فى تغييره لمذهبه ، مع أنه قد قال قبل ذلك فى « فجر الإسلام » كما نقل عنه فيما تقدم فى مناقشة « أن الظروف التى تحيط بالإمام لا أثر لها فى آرائه إلا إذا لم يجد نصاً أو يصح عنده نص شرعى » .

فهل افتقد الإمام الشافعى — رضى الله عنه — النصوص حتى لم يجد بداً من العرف فأثر فى مذهبه الذى انتقل إليه ، أم أن العرف قد أثر فيه مع وجود النصوص ؟

المعلوم أن الإمام الشافعى — رحمه الله تعالى — كان من أكثر الفقهاء عناية بالنصوص كما يلاحظ ذلك فى كتابه (الأم) وما استدل به (أحمد أمين) من آراء للإمام الشافعى فى الأم على ما ذهب إليه ، عند مناقشتها لا تقوم دليلا على دعواه ، ومن الغريب أن من كتب عن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — بعده قد تبعه فى هذا الرأى !

وأذكر ما قاله أحمد أمين أولا مع مناقشته مستدلا بما استدل به على مدعاه مما ذكره الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى « الأم » فى مواضع مختلفة ، وإن كان قد أشار إليها فسأذكرها بنصها حتى يتبين وجه الصواب فى هذا الموضوع إن شاء الله تعالى .

قال فى ضحى الإسلام :

« إن العلماء يقسمون فقه الشافعى إلى مذهبين قديم وجديد ، فأما

القديم فهو ما كتبه وقال به في العراق ، وأما الجديد فهو ما كتبه وقال به في مصر ، ذلك أنه لما جاء مصر عدل عن بعض أقوال له كان قالها من قبل ، وسببه أنه خالط علماء مصر وسمع ما صح عندهم من حديث ، وسمع تلاميذ الليث بن سعد ينقلون عنه آراءه وفقهه ورأى بعض حالات اجتماعية تخالف تلك التي رآها في الحجاز فغير ذلك من فقه الشافعي في بعض أقواله وأطلق عليه المذهب الجديد » اه .

ويقول أيضاً :

« إنه كان للمصريين معاملات لا يتعامل بها أهل العراق ولا الحجازيون ونظام الري للنيل في مصر غير نظام دجلة والفرات ، وذلك يستتبع اختلافاً في الخراج وما إليه وكلاهما يختلف في ذلك عن بلاد لا تعرف أنهاراً كالحجاز ، كل هذا وأمثاله كان له أثر كبير في تكوين مذهب الشافعي رضي الله عنه » اه .

ثم يمثل لتأثر الإمام الشافعي — رضي الله عنه — بعرف المصريين فيقول :

« ثم هو — أي الإمام الشافعي — متأثر بالمصرية أحياناً فإذا أراد أن يمثل بصيغة لوقفية مثل لذلك بوقف بيت في الفسطاط من مصر ، ويتكلم في الطين الذي يعرف بالطين الأرمني والطين الذي يقال له « طين البحيرة » ، وهما يدخلان في الأدوية ، ويقارن بين الطين الأرمني وطين رآه في الحجاز . ويتكلم في القراطيس وهي مصرية ويبين متى يجوز أن تسلف ، ومتى لا يجوز . ويتكلم في شهادة الشعراء ، ومن يجوز شهادته منهم وما لا يجوز فيستملي من حال الشعراء في مصر إلى أمثال ذلك » اه .

هذا هو ما ذكره الاستاذ « أحمد أمين » فى هذا الموضوع ومناقشته تستدعى الرجوع إلى كتاب الأم فى هذه المسائل التى ذكرها وهى صورة الوقفية » و « الطين الأرمنى » و « القراطيس » و « شهادة الشعراء » .

١ — المثال الأول : وهو صيغة الوقفية التى مثل بها وإن كانت مطولة بعض الشيء فإنه لابد من ذكرها مع اختصار قليل لايخل بالموضوع . قال فى الأم :

« هذا كتاب كتبه فلان بن فلان الفلانى فى صحة من بدنه وعقله وجواز أمره وذلك فى شهر كذا من سنة كذا ، أنى تصدقت بدارى التى بالفسطاط من مصر فى موضع كذا أحد حدود جماعة هذه الدار ينتهى إلى كذا ، والثانى والثالث والرابع ، تصدقت بجميع أرض هذه الدار ، وعمارتها من الخشب والبناء والأبواب ، وغير ذلك من عمارتها ومسايل مائها وأرفاقها ومرتفقها ، وكل قليل وكثير هو فيها ومنها ، وكل حق هو لها داخل فيها وخارج منها ، وحبستها صدقة بتة مسبلة لوجه الله وطلب ثوابه لا مثنوية فيها ولا رجعة حبساً محرمة لا تباع ولا تورث ولا توهب حتى يرث الله الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين ، وأخرجتها من ملكى ، ودفعتها إلى فلان بن فلان يليها بنفسه وغيره ممن تصدقت بها عليه على ما شرطت وسميت فى كتابى هذا وشرطى فيه أنى تصدقت بها على ولدى لصلبى ذكرهم وأنثاهم من كان منهم حياً اليوم أو حدث بعد اليوم وجعلتهم فيها سواء ذكرهم وأنثاهم صغيرهم وكبيرهم شرعاً فى سكناها وغلتها لا يقدم واحد منهم على صاحبه ما لم تتزوج فإذا تزوجت واحدة منهن وبانت إلى زوجها انقطع حقها ما دامت عند زوج وصار بين الباقين من أهل صدقتى . كما بقى من صدقتى يكونون فيها شرعاً ما كانت عند زوج فإذا رجعت بموت زوج

أو طلاق كانت على حقها من داري قبل أن تتزوج ، وكلما تزوجت واحدة من بناتي فهي على مثل هذا الشرط تخرج من صدقتي ناكحة ويعود حقها فيها مطلقة أو ميتاً عنها لا تخرج واحدة منهن من صدقتي إلا بزوج وكل من مات من ولدي لصلبي ذكرهم وأنثاهم رجع حقه على الباقين معه من ولدي لصلبي ...

ثم ذكر بعد ذلك أن ولده على هذا الشرط إذا انقرض ولده لصلبه فإذا لم يبق أحداً منهم صارت إلى ولد ولد ولده ، بهذا الشرط إلى مائة أب أو ينقطع نسبه ولا يدخل فيه من ولد بنـــاته إلا من كان من ولد ولده الذكور ... فإذا انقرضوا كانت وقفاً على ذوي رحمه المحتاجين من قبل أبيه وأمه ويكونون فيها سواء ذكرهم وأنثاهم ، فإذا انقرضوا كانت لمواليه الذين أنعم عليهم بالعتاقة وأنعم عليهم آباؤه وأولادهم ما تناسلوا ذكرهم وأنثاهم سواء فإذا انقرضوا كانت حبساً على من يمر بها من أبناء السبيل والمارة والفقراء والمساكين من جيران الدار الموقوفة وغيرهم من أهل الفسطاط وغزاة مصر ...

ثم بين أنه إذا ضعف من ولاه عن ولايتها انتقلت إلى من كان من ذوي الأمانة والقوة من ولده ، وهكذا كل من تغيرت أمانته وضعف عن الولاية انتقل إلى غيره من ولده فإن لم يوجد فمن أهل صدقته على ما شرط أو من ذوي رحمه ، فإن لم يوجد أحد من هؤلاء فرجل يختاره الحاكم من المسلمين فإذا أحدث من ولده وولد ولده أو من مواليه رجل له قوة وأمانة نزعها الحاكم من يد مولاه من قبله ثم ردها إليه ، وليس للقاضي أن يخرجها من يد من ولاه ما دام قوياً أميناً وكذلك من صارت إليه الولاية ما دام قوياً أميناً ، ولا من يد أحد من القرن الذي تصير إليهم ما كان فيهم من يستوجب ولايتها بالقوة والأمانة ، ولا يولى غيرهم وهو يجد فيهم من يستوجب

الولاية . . . شهد على إقراره فلان بن فلان وفلان بن فلان ومن شهد »[1] اهـ .

وهذه صورة وثيقة الوقف التى استدل بها (أحمد أمين) على تأثر الإمام الشافعى — رضى الله عنه — بالعرف فى مصر أو بالمصرية على حد تعبيره ، والناظر فيها يجد أنها صورة وثيقة فى الوقف لبيت فى الفسطاط يمكن أن توضع لغيره فى أى مكان وفى أى زمان وما نقل الإمام الشافعى — رحمه الله تعالى — لهذه الوثيقة إلا مثلا أراد أن يضرب به لصورة الوقف كمثال حاضر أوحت به الظروف فرأى أن يمثل به لتلاميذه ، ولم يفهم منه تلاميذه قطعاً أن الحكم خاص بهذا البيت أو غيره من بيوت الفسطاط .

وهذا التأثر السطحى لا يمكن أن يعد تأثراً فى الاتجاه الفقهى لأن هذا النوع من التمثيل لا أثر له فى صميم المسألة الفقهية ، وكل الذى يفهم منه أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — أملى هذه الوثيقة وهو فى الفسطاط فكيف يمكن القول بأن ذلك يعتبر مثلا على أثر العرف الذى كان فى مصر فى انتقال الإمام الشافعى للمذهب الجديد ؟

٢ — وأما المثال الثانى — وهو أنه كان يتكلم فى الطين الأرمنى أو طين البحيرة ، ويقارن بينه وبين طين رآه فى الحجاز ، فقد جاء فيه قوله فى (الأم) :

« وقد رأيت طيناً يزعم أهل العلم به : أنه طين أرمنى ، ومن موضع منها معروف وطين يقال له طين البحيرة والمختوم ، ويدخلان معاً فى

---

(١) الأم جـ ٣ ص ٢٨١ — ٢٨٣

الأدوية ، وسمعت من يدعى العلم يزعم : أنهما يغشان بطين غيرهما لا ينفع منفعهما ولا يقع موقعهما ، ولا يسوى مائة رطل منه رطلا من واحد منهما ، ورأيت طيناً عندنا بالحجاز من طين الحجاز يشبه الطين الذى يقولون إنه أرمنى . . فإن كان مما رأيت ما يختلط على المخلص بينه وبين ما سمعت ممن يدعى من أهل العلم به ولا يخلص ، فلا يجوز السلف فيه بحال ، وإن كان يوجد عدلان من المسلمين يخلصان معرفته بشىء يبين لهما جاز السلف فيه ، وكان كما وصفنا قبله من يسلف فيه من الأدوية ، والقول فيه كالقول فى غيره إن تباين بلون أو جنس أو بلد لم يجز السلف فيه حتى يوصف لونه وجنسه ويوصف بوزن معلوم »(١) اهـ .

وهذا المثال لا يصلح كمثال للتأثر الفقهى بما وجده من أعراف وعادات فى مصر ، وذلك لأن الإنسان لو قارن بين شىء رآه فى بلد وشىء فى بلد آخر لما عد هذا مؤثراً فى أفكاره وإعطاء الإمام الشافعى ـ رضى الله عنه ـ للطين الأرمنى حكماً لم يعطه لغيره ، لا يعد انتقالا من حكم قديم إلى حكم آخر جديد ، وإنما هما نوعان من الطين عرف أحدهما فأعطاه حكماً .

ثم عرف الآخر فأعطاه نفس الحكم إذا كان مماثلا له ، فإذا كان مخالفاً أعطاه حكماً آخر فكيف يمكن القول : إن هذا يصلح دليلا على تأثر الإمام الشافعى — رضى الله عنه — بالعرف فى آرائه ومذهبه الجديد .

٣ — وأما المثال الثالث : وهو مثال القراطيس المصرية ، فقد قال فى الأم :

---

(١) الأم جـ ٢ ص ١٠٢ ، ١٠٣

«إن كانت القراطيس تعرف بصفة كما تعرف الثياب بصفة وذرع وطول وعرض وجودة ورقة وغلظ واستواء صنعه أسلف فيها على هذه الصفة ولا يجوز حتى تستجمع هذه الصفات كلها وإن كانت تختلف فى (قرى أو رساتيق) لم يجز حتى يقال: صنعه قرية كذا أو كورة كذا أو رستاق كذا فإن ترك من هذا شيئاً لم يجز السلف فيها والقول فيها كالقول فيما أجزنا فيه السلف غيرها، وإن كانت لا تضبط بهذا فلا خير فى السلف فيها ولا أحسبها بهذا إلا مضبوطة، أو ضبطها أصح من ضبط الثياب أو مثله»(١) اهـ.

ويفهم من هذا أن القراطيس لم تكن معروفة للإمام الشافعى — رضى الله عنه — من قبل ولم يكن له رأى سابق فيها ولا دخل لمصر فى حديثه عنها إلا أنها أتاحت له موضوعاً جديداً يبحث فيه ويطبق أصول مذهبه عليه، ولو وجد هذا المثال فى العراق أو الحجاز لتحدث فيه وبين حكمه لأن المجتهد مكلف بأن يعطى ما يعرض له من الوقائع حكماً شرعياً مناسباً وحديثه عن القراطيس وبيان متى يجوز أن تسلف ومتى لا يجوز لا يعد اختلافاً فى المذهب ورجوعاً من قديم إلى جديد، لأن هذا الموضوع هو الذى تأثر بفقه الإمام الشافعى — رضى الله عنه — كما يفهم من عبارة الأم المذكورة.

٤ — وأما المثال الرابع: وهو أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — كان يتكلم فى الشعراء فى مصر من تقبل شهادته منهم ومن لا تقبل شهادته فقد قال فى الأم:

---

(١) الأم جـ ٣ ص ١١٩

« فمن كان من الشعراء لا يعرف بنقص المسلمين وأذاهم والإكثار من ذلك ولا بأن يمدح فيكثر الكذب لم ترد شهادته ، ومن أكثر الوقيعة فى الناس على الغضب والحرمان حتى يكون ذلك كثيراً ظاهراً مستعلناً ، وإذا رضى مدح بما ليس فيهم حتى يكون ذلك كثيراً ظاهراً مستعلناً كذباً محضاً ردت شهادته بالوجهين وبأحدهما لو انفرد به .

وإن كان إنما يمدح فيصدق ويحسن الصدق أو يفرط فيه بالأمر الذى لا يمحض أن يكون كذباً لم ترد شهادته ، ومن شبب بامرأة بعينها ليست ممن يحل له وطؤها حين شبب فأكثر فيها وشهرها وشهر مثلها بما يشبب وإن لم يكن زنى ردت شهادته ومن شبب فلم يسم أحداً لم ترد شهادات لأنه يمكن أن يشبب بامرأته وجاريته وإن كان يسأل بالشعر أو لا يسأل فسواء » اهـ .

فإذا ما قال « أحمد أمين » : إنه استملى ذلك من حال الشعراء بمصر وهو يعد دليلا على تأثره بالمصرية فيمكن الرد عليه :

بأن الشعراء فى بيئة الإمام الشافعى الأولى كانوا أكثر منهم فى مصر والفقهاء وأهل العلم كانوا ينظرون إليهم نظرة صورها الإمام الشافعى — رضى الله عنه — فى عبارته المذكورة ، فليس هذا بجديد وإنما يكون جديداً لو كان فى القديم يجيز شهادة الشعراء بإطلاق أو يمنعها بإطلاق ثم رجع عن ذلك وترك ما قاله أولا أو بعضاً منه ، ثم قال بغيره :

هذا هو ما أشار إليه الأستاذ أحمد أمين فى دعواه بأن للعرف أثراً فى

انتقال الإمام الشافعى — رضى الله عنه — من المذهب القديم إلى المذهب الجديد ، وعند مناقشتها كما تبين لم تنهض دليلا على المدعى ، كما أنه يناقض قوله فى الرد على ابن خلدون مع أن الظروف التى تحيط بالإمام لا أثر لها فى فقهه حيث وجد النص الشرعى — كما سلف .

وقد تقدم أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — سمع فى مصر من ابن عبد الحكم وتناظر معه كما التقى تلاميذ الليث بن سعد وأعجب بفقهه كما سمع من غيرهم أحاديث لم يكن قد سمعها أو قوى برواياتهم بعض رواياته فى الحديث ، وأما نتيجة ذلك فهى كما قال أحمد أمين :

« كل هذا وأمثاله كان له أثر كبير فى تكوين مذهب الإمام الشافعى — رضى الله عنه — وغير ذلك من فقه الشافعى فى بعض أقواله وأطلق عليه المذهب الجديد » اهـ .

هذا وإن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — لما وضع كتبه الجديدة فى مصر وأحكمها كما جاء فى عبارة الإمام أحمد المتقدمة ، يمكن فهمها ، على احتمال : أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — أخذ بأحاديث ظهرت له صحتها بعد مناقشة فقهاء مصر كما اطلع على مسائل لم تكن لديه من قبل فقوى بذلك آراءه أو تغير اجتهاده فيها .

والإمام الشافعى — رضى الله عنه — الذى قال : إذا صح الحديث فهو مذهبى ، وقال للإمام أحمد — رضى الله عنه — « إذا صح عندك الحديث فأعلمنى سواء أكان شامياً أو عراقياً » .

لا يمكن القول بعد هذا أن أخذه بالحديث الذى ظهرت له صحته يجعله متأثرا بإقليم بخصوصه لأنه وجد عند أهله ذلك الحديث ، وإذا ما بقى

مسائل فقهية على حديث سمعه فى مصر فلا يمكن القول أنه تأثر بمصر ، وكذلك إذا ما بنى بعض المسائل على ما سمعه بالعراق أو الحجاز ، أو أى بلد آخر ذهب إليه ، اللهم إلا إذا كان هذا التأثر لأدنى ملابسة كما يقولون .

وهذا لا يمنع من القول بأن مناظرات الإمام الشافعى — رضى الله عنه — مع فقهاء مصر واطلاعه على ما فيها له أثر فى تمحيصه لبعض الآراء والأقوال وإحكامها أكثر من ذى قبل وبخاصة أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — جاء إلى مصر فى فترة نضوجه العلمى ولم ينقصه شىء سوى الاستقرار الذى يجعل الفقيه والمجتهد يخرج للناس نتاج علمه وخلاصة تفكيره وتحصيله وهذا هو ما كان ينشده من رغبته فى المجىء إلى مصر .

وكذلك كانت الفترة التى عاشها فى مصر قليلة لا تكفى لتكوين فكرة جديدة تجعله يترك من أجلها مذهباً كونه العمر وركزته الرحلات والأسفار عاجله يشتغل بالتدريس دون تردد فى جامع عمرو بن العاص ، وبإملاء كتبه ومسائله على تلاميذه وطلاب علمه .

ومن رجع إلى كتاب الأم وجد أن أغلب المدارك التى يعتمد عليها راجعة إلى السنة والآثار والتأثر الذى سببه الحديث أو الأثر لا يمكن أن ينسب إلى مصر أو غيرها — كما تقدم — لأن أهل مصر كانوا متأثرين فى الرواية بغيرهم من الصحابة وعلماء الحديث وليسوا مؤثرين » .

ولو فرضنا بعد ذلك : أن فى فقه الإمام الشافعى — رضى الله عنه — اختلافاً بين القديم والجديد سببه العرف فهل يمكن أن يعد هذا مذهباً جديداً ترك بسببه آراءه القديمة أو مذهبه القديم ؟

والجواب على ذلك :

١ — أنه لو اتفق عرف مصر والعراق واختلفت الفتوى لاعتبر هذا مذهباً جديداً .

٢ — أما لو اختلف العرف فإن هذا لا يعد مذهباً جديداً لأن الفتوى تختلف باختلاف العرف ، ولأن العرف له أثره فى اختلاف بعض الفروع فى المذهب الواحد وبين المذاهب بعضها مع بعض ، ولم يعد الكاتبون فى أسباب الخلاف العرف سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء فأولى منه ألا يعد قول الفقيه الواحد مختلفاً مع نفسه أو يقال : إنه ترك مذهبه الأول إلى غيره ، إذا رأى عرفاً فأفتى بما يناسبه ثم رأى عرفاً آخر فأفتى بما يناسبه .

وإنما ذلك يكون بمثابة قول الفقيه : (الحكم كذا بحسب هذا العرف فإذا تغير فالحكم كذا حيث تغير مناط الحكم ، أو الحكم فى هذه المسألة كذا لأنها معللة بكذا والحكم فى هذه المسألة كذا لأنها معللة بعلة أخرى) .

وقد سبق أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — جعل للعرف اعتباراً كما جعله من الشروط التى يجب أن تتوفر فى المجتهد والمفتى ، وكذلك تقدم أنه يقدم اللغة على العرف إلا إذا اطرد العرف وظهر فإنه يقدم على اللغة .

وهذا لا يجعل أحداً يقول : إن العرف كان له أثر فى انتقاله من مذهب إلى مذهب آخر وإنما كان له أثره بالمعنى الذى تقدم .

ومراعاة الإمام الشافعى — رضى الله عنه — للعرف واعتباره فى بناء

الأحكام ليست بدعاً فقد راعى الفقهاء العرف فى بناء الأحكام قبله وبعده وفى تطبيق الأحكام التى نص عليها الأئمة فى كتبهم وقالوا : إن المدرك فيها هو العرف والعادة ، وكذلك راعوه فى تخريج المسائل وترجيح الأقوال بعضها على بعض ، والعدول عن كثير من الروايات المنقولة عن الأئمة فى كتب المذاهب ولم يجمدو عليها — كما سلف — لأن من كان عارفاً بالعادات والأعراف ومطلعاً على أحوال الناس فى معاملاتهم كان أقدر على فهم النصوص الشرعية وتطبيق القواعد العامة عند حدوث الوقائع وطلب الفتوى أو الحكم حسبما تقتضيه مقاصد الشريعة الإسلامية .

وأخيراً فإن الاختلاف الفقهى فى الأحكام العملية المدنية يعتبر ثروة فقهية وتشريعية ضخمة ورائعة يجب على المسلمين الانتفاع فى حياتهم ، فقد نتج عن هذا الاختلاف نظريات ومبادىء متعددة نستمد منها الأحكام التشريعية ، وهذا يجعل المسلمين أمام تشريع رحب لا يضيق عن تلبية حاجاتهم ووضع الحلول لمشاكلهم بل ومشاكل العالم كله .

يقول الإمام الشاطبي — رضى الله عنه — فى الاعتصام :

(روى ابن وهب عن القاسم بن محمد قال . قال عمر بن عبد العزيز — رضى الله عنه — ما أحب أن أصحاب محمد — صلى الله عليه وسلم — لا يختلفون لأنه لو كان الناس فى ضيق ، وأنهم أئمة يقتدى بهم فلو أخذ رجل بقول أحدهم لكان سنة) اه .

ويعلق الشاطبي على ذلك فيقول :

« ومعنى هـــذا أنهم فتحوا للناس باب الاجتهاد وجواز الاختلاف فيه لأنهم لولم يفتحوه لكان المجتهدون فى ضيق فوسع الله على الأمة

بوجود الخلاف الفروعى فيهم فكان فتح باب الدخول فى هذه الرحمة » ا هـ(1) .

---

(١) يراجع فى هذا الباب سوى ما تقدم أعلام الموقعين جـ ٢ ص ١٢٣ ، والفروق للقرافى جـ ٣ ص ٢٨٨ ، و « تاريخ التشريع للسبكى والسايس والبربرى ، والفكر السامى فى تاريخ الفقه الإسلامى » فى مباحث مختلفة ، والإنصاف فى أسباب اختلاف الفقهاء للدهلوى ، ورحمة الأمة فى اختلاف الأئمة ، والشافعى ، لأبى زهرة ، وتخريج الفروع على الأصول للزنجانى ص ١٨ ، ٢٠٩ وتوالى التأسيس فى معالى محمد بن إدريس لابن حجر ص ٥٤ ، وغيرها .

وضحى الإسلام جـ ٢ ص ٢١٨ ، والإمام الشافعى ناصر السنة لعبد الحليم الجندى وطبقات الشافعية للسبكى ، وآداب الشافعى ومناقبه ، لابن أبى حاتم الرازى تحقيق الشيخ عبد الغنى عبد الخالق .

خاتمة

نتيجة البحث :

بعد استعراض ما سبق فى هذا البحث الذى تبين فيه ما كان للعرف من أثر فى التشريع الإسلامى ، وما ذكر من الفروع والمسائل الفقهية لتكتمل بها الدراسة التطبيقية لهذا الموضوع أحببت أن أجمل خلاصته فيما يلى :

١ — إذا كان الناس بطبيعتهم فى حاجة إلى تشريع يحقق مصالحهم التى لا غنى لهم عنها لتقسيم أمور الحياة ، فإن الشريعة الإسلامية جاءت بما يحقق ذلك كله مع الشمول والمرونة لأنها وحى من الله تعالى . ويتبين ذلك إذا أحسنا تطبيقها فى المجتمع ، وسرنا على نهجها وتركنا ما عداها مما يخالفها من شرائع وضعية بان قصورها ، وظهر عدم ملاءمتها لمجتمعنا .

٢ — إن التشريع الإسلامى بأسسه وأصوله وقواعده العامة يغاير القوانين الوضعية ويسمو عليها وتتضاءل دونه ، كما شهد بذلك كثير من رجال الفكر والتشريع فى الشرق والغرب على السواء — كما تبين فى مقدمة البحث .

٣ — تعريفنا للعرف[1] :

هو : (العرف ما استقر فى النفوس ، واستحسنته العقول وتلقته

---

(١) تقدم فى تعريف العرف ص ٥٠ تعريفاً للامام النسفى فى كتابه المستصفى فى الفقه الحنفى — مخطوط — وقد نسبه بعض الكاتبين المعاصرين الى الغزالى فى المستصفى فى الأصول ، ولعل ذلك راجع لتشابه اسمى الكتابين مع أنهما مختلفان فى موضوعهما .

الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة أو أقرهم الشارع عليه) وقد عرفته بهذا بعد مناقشة ما ذكره الفقهاء من تعريفات ، (والله أعلم بالصواب) . وكل ما كان كذلك فإن الشريعة تقبله لأنه لا يتصادم معها ، وما كان من الأعراف غير ذلك تناقض معها فترده لأنه يخالف أسسها وقواعدها العامة ، أو لأنه لم يقر الشارع الناس عليه .

٤ — لما كان للعرف سلطان على النفوس فإن الإسلام اعتبر ما كان منه صالحاً للبقاء وألغى العرف الفاسد ، لأنه لا يمكن أن يبقى فى ظل التشريع الإسلامى .

ولو نظرنا إلى ما أقره وما ألغاه لتبين : أنه أقر ما يوائم فطرة الإنسان وألغى ما يناقضها ، لأن الإسلام هو دين الفطرة .

٥ — فى الحديث عن العرف بين الحقيقة والمجاز ، رأينا أن الفقهاء قدموا العرف على اللغة إذا صار المعنى العرفى متبادراً إلى الذهن بعد اشتهاره فى الاستعمال .

وأن الحقيقة تترك بالمنقولات العرفية ودلالة الاستعمال والعادة كما تترك الحقيقة إذا كانت متعذرة أو مهجورة ، سواء كان العرف قولياً أو عملياً .

٦ — العرف الثابت هو ما لا يختلف باختلاف الأزمان والأحوال والأشخاص وذلك هو ما يعود إلى طبيعة الإنسان وفطرته ، ولم يهمله التشريع الإسلامى فرتب عليه أحكاماً تتعلق به ـ كما تقدم .

٧ — العرف المتبدل الذى يتغير من زمان إلى زمان أو من مكان إلى

مكان آخر لسبب من الأسباب ، فإن الشارع يعتبره ويرتب عليه أحكاماً مادام لم يتصادم مع نص شرعى أو حكم من أحكامه .

٨ — والأحكام التى تثبت بالاجتهاد وكان مبناها على العرف والعادة فإنها تتغير بتغير مناطها أو علتها ، وهو العرف الذى بنيت عليه ، ويدور الحكم معه وجوداً وعدماً ، ولذا قال الفقهاء : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » ويؤيد ذلك كثير من الأدلة ذكرناها - فيما تقدم[1] .

٩ — تغير الأحكام بتغير العرف الذى كانت معللة به ، لا يعتبر نسخاً للحكم لأنه لو عاد الناس إلى العرف الذى تغير مرة أخرى رجع الحكم إلى ما كان عليه حيث وجدت العلة ، كما أن نسخ الأحكام لا يكون إلا فى عهد النبى ﷺ[2] ولا يكون النسخ بعده .

١٠ — الذى يتبدل بتبدل العرف على الحقيقة هو تبدل الوسائل والأساليب الموصلة إلى غاية الشارع من التشريع لأن الشريعة لم تحدد هذه الوسائل والأساليب وتركت ذلك للعرف واختلاف الأزمان حتى يتحقق للناس ما هو أصلح فى كل عصر وأوان وذلك فى الإطار العام الذى وضعته الشريعة دون الخروج عليه أو تركه إلى غيره .

١١ — العرف ينقسم إلى : قولى وعملى ، وعام ، وخاص ، وشرعى وغير شرعى وصحيح وفاسد .

والعرف القولى : « هو إطلاق الناس اللفظ على شيء معين » .

---

(١) ص ٩٨ وما بعدها .

(٢) يراجع ص ١١٨ .

وقد اعتبر فحملت عليه الألفاظ التي يعبر بها المكلف عن تصرفاته ، سواء كان العرف القولي عاماً أو خاصاً .

١٢ — العرف العملي : هو ما جرى عليه الناس وتعارفوه في المعاملات والتصرفات وقد اعتبر وقام مقام النطق في كثير من المواضع؛ وخصصوا به العام وقيدوا به المطلق . واعتبروا ما ثبت به كالمشروط أو المنصوص عليه في العقد .

١٣ — العرف العام : ما تعارف الناس عليه . وهو يقابل العرف الخاص بطائفة معينة أو ببلد واحد سواء كان قديماً أو حادثاً .

١٤ — والعرف الخاص : هو ما تعارفه أهل بلد أو طائفة أو جماعة ولم يتعارفه أهل البلاد جميعاً .

١٥ — العرف الشرعي : وهو ما اصطلح عليه في عرف الشارع ويدخل تحت العرف الخاص لأنه خاص بالشريعة دون غيرها .

١٦ — والعرف بأقسامه التي ذكرت - عدا الشرعي - ينقسم إلى صحيح وفاسد والصحيح هو ما لم يخالف النص الشرعي وأن يكون في الأخذ به تحقيق مصلحة يقرها الشارع وكذلك هو الذي لا يجلب مفسدة وهذا القسم معتبر في الشريعة .

والعرف الفاسد ، هو ما خالف نصوص الشريعة وأصولها ولا يحقق مصلحة وفي الأخذ به مفسدة نهى الشارع عنها ، وهذا القسم غير معتبر شرعاً لأن الشريعة حاكمة على الناس والأزمان ، وليس محكومة بالناس والأزمان .

١٧ — إن اعتبار العرف في التشريع يرجع إلى أن الشريعة جاء فيها الدليل الخاص على اعتباره ، كما ذكر في موضعه .

١٨ — وما قام من الأعراف دليل شرعى على عدم اعتباره فهو غير معتبر .

١٩ — الأعراف التى لم يقم دليل شرعى على اعتبارها أو إلغائها ، هى موضع نظر المجتهدين ، فيعتبر إذا كان مستجمعاً لشروط اعتباره ، وإلا فلا اعتبار له .

٢٠ — صلة العرف بالشريعة على وجهين :

(أ) أن يغلب على الناس أمر فيقرره الشارع ويجعله حكماً يقضى به عند الاختلاف مثل وضع الدية على العاقلة لأنه عرف يصلح الأخذ به وقد رأيت وضع دية القتل الخطأ على النقابة أو الجماعة التى ينتسب إليها القاتل ، لأن التناصر أصبح عرفاً قائماً بين أفرادها فى العصر الحاضر(١) .

(ب) أن يغلب على الناس نوع من المعاملات ، أو معنى من المعانى فيراعيه الشارع فى تفصيل أحكام الوقائع حتى إذا ما تبدل بعرف آخر اعتبر الثانى فى بناء الأحكام إذا كان عرفاً صحيحاً .

٢١ — لما قامت أدلة اعتبار العرف فى التشريع وضع الفقهاء له شروطاً لا يكون معتبراً إلا إذا استوفاها — وتحققت هذه الشروط فيه . وقد تقدمت فى موضعها .

٢٢ — فى الحديث عن مدى اعتبار العرف فى التشريع تبين لنا أمور :

(أ) أن العرف ليس مصدراً من مصادر التشريع ولا دليلا بالمعنى الذى تطلق عليه كلمة مصدر أو دليل .

(١) وهذا رأى لم أسبق إليه ، ويؤيده ما ذكره فى موضعه ص ٣٨٧

(ب) العرف الذى قال الفقهاء باعتباره فى التشريع ، ما هو إلا أمارة كاشفة عن المصلحة التى دعت الناس إلى التعامل به وحملهم على التمسك به وكان ذلك سبباً فى استمراره واستقراره وبهذا المعنى كان العرف مبيناً لعلة الحكم ومناطه .

(ج) العرف باعتباره مبيناً لعلة الحكم ، أو هو العلة نفسها ، له أثره فى استنباط الأحكام التى جاءت بها الشريعة مطلقة ، وكذلك له أثره بالنظر إلى التطبيق حيث يحكم العرف فى أمور كثيرة تنزل عليه .

٢٣ — إن العرف مع قيام الأدلة على اعتباره ، وإقرار الشارع لكثير من الأعراف لا يمكن القول بأنه دليل أو مصدر شرعى لأمرين

(أ) لأن ما أقره الشارع من الأعراف أعطاه حكماً مناسباً له ، ولم يؤخذ الحكم من نفس العرف حتى يكون دليلا أو مصدراً من المصادر .

(ب) ما أقره النبي ﷺ فى عهده من الأعراف التى كان عليها الناس يعتبر من السنة التقريرية ، وما شارك فى فعله من الأعراف فهو من السنة العملية ، لأن النبي ﷺ لا يقر أمراً مخالفاً لما جاء به من أحكام ، ولا يفعله أيضاً .

٢٤ — فى الحديث عن العرف وأقسام التشريع تبين أن العرف لا أثر له فى العبادات لأن الأصل فيها التعبد .

وأما تشريع المعاملات فالأصل فيها التعليل لأن الأحكام الشرعية فى المعاملات قاصدة للمصلحة وتدور معها حيثما دارت ، إذا كانت مصلحة يقرها الشرع ولا يلغيها .

٢٥ — تشريع العقوبات التى نص عليها الشارع أو كان مجمعاً عليها لا اعتبار للعرف فيه . وأما العقوبات غير المقدرة شرعاً (التعزيرية) فإن للعرف فيها أثراً واضحاً لأن التعزير يكون فى الجرائم التى لم تشرع لها عقوبات مقدرة وترك أمر تقديرها للإمام أو الحاكم فيحدد الذنب والعقوبة بحسب حال الشخص والجناية التى ارتكبها .

٢٦ — فى الحديث عن العرف الذى تحمل عليه الألفاظ تبين أن كل متكلم يحمل لفظه على عرفه . فإذا كان المتكلم من أهل الشرع حمل لفظه على عرفه ، وإن كان المتكلم من أهل اللغة حمل لفظه على عرفه ، وإن من أهل العرف حمل لفظه على عرفه ، لأن ما يتخاطب به الناس يدل على مرادهم من ألفاظهم ما لم يصرف عنه صارف .

٢٧ — تحمل ألفاظ التصرفات الشرعية الصادرة من المكلف على الماهية الشرعية الصحيحة ، ولا تحمل على العرف الفاسد الذى لم يعتبره الشارع .

٢٨ — لما كان الأصل فى عقود المعاوضات الرضا من الجانبين ولا سبيل إليه لأنه أمر خفى كان لابد من دال عليه وهو القول أو الفعل ، وكان للعرف أثر فى بيان ما يدل على الرضا من الجانبين قولا أو فعلا .

٢٩ — لما كانت التصرفات التى يأتى بها الإنسان تكون بلفظ يدل على إنشاء التصرف لأن الإنشاء يتبعه مدلوله كما لا يقبل احتمال الصدق والكذب ، كان للعرف أثره فى بيان كون الصيغة خبراً أو إنشاء .

٣٠ — وصيغة التصرف إن كانت تدل على المعنى المراد من غير افتقار إلى شىء آخر يبين المراد ، كانت صريحة فيما تدل عليه .

وإن استتر المراد من صيغة التصرف ، كانت كناية ، تفتقر إلى ما يبين

المراد والصريح يكون حقيقة ويكون مجازاً والكناية كذلك ، والعرف أثره ودوره فى بيان الصريح والكناية .

٣١ — تنقسم صيغة التصرف من حيث ذاتها إلى « صيغة الماضى ، والمضارع والأمر والاستفهام ، والجمل الإسمية » .

وللعرف أثره فى دلالتها على إنشاء التصرفات والعقود على خلاف بين الفقهاء ، ذكر فى موضعه .

٣٢ — كان للعرف أثر فيما يقوم مقام الصيغة اللفظية من الفعل أو الدلالة ، وذلك أمور هى « الرسالة والكتابة والإشارة والدلالة ، أو المعاطاة » .

وقد وضع الفقهاء شروطاً لدلالة كل منها على إنشاء التصرف .

٣٣ — العرف الشرعى يخصص ألفاظ الشارع ويقيد مطلقها ، وأما العرف الجارى بين الناس ، فقد اختلف فى تخصيصه للنص الشرعى إذا كان قائماً وقت ورود النص . وذلك الخلاف فى العرف العملى ، أما العرف القولى فليس موضع خلاف .

وأما العرف الذى تقرر بعد ورود النص الشرعى ، فإذا أقره النبى ﷺ أو دل عليه الإجماع فإنه يعتبر مخصصاً للعام .

وبعض الفقهاء يرى أنه لا يشترط فى العرف الذى يخصص به العام ويترك به الأثر أن يكون موجوداً من عهد الصحابة والتابعين ـ كما تبين فى موضعه .

٣٤ — العرف الذى جرى عليه الناس يبين مرادهم من أقوالهم : وقال الفقهاء فى ذلك : إن من له عادة فى لفظه إنما يحمل لفظه على عرفه » ، فيخصص عام ألفاظهم ويقيد مطلقها وكذلك عرف الشارع يخصص عام ألفاظ الناس . ويقيد مطلقها .

٣٥ - إذا أجمع الفقهاء على حكم معلل بالعرف ، ثم وجدت العلة فى عرف حدث بعده فإن ذلك يرد إلى دلالة الإجماع الأول ويعطى حكماً موافقاً أو مناسباً له كما فى الاستصناع ، فإن ما عرف استصناعه فى عصر الإجماع غير ما عرف استصناعه بعده من العصور إلى عصرنا الحاضر وما يأتى بعده(١) .

٣٦ - إذا كان مقرراً أن الحكم المجمع عليه لا تجوز مخالفته ، فإنه إذا كان معللا بالعرف لتحصيل مصلحة ، أو دفع مفسدة ، ثم تغير العرف تغير الحكم لتغير مناطه وعلته ، مثل انعقاد الإجماع على وضع الدية فى القتل الخطأ فى عهد عمر بن الخطاب - رضى الله عنه - على أهل الديوان لقيام التناصر بين أهله - وهو العلة - فلا يقال : إن هذا حكم مجمع عليه لا تجوز مخالفته ، لأنه لم يعد التناصر بين أهل الديوان موجوداً .

٣٧ - إذا كان التناصر الذى أوجب الدية فى القتل الخطأ ، ثم على أهل الديوان - فى عهد عمر بن الخطاب - لم يعد موجوداً الآن ، فالدية تجب الآن فى مال النقابات والجمعيات والهيئات إذا كان الجانى ينتسب إلى نقابة أو جمعية أو هيئة ، لقيام التناصر بين أهلها ، وهو العلة التى أوجبت الدية على العاقلة وأهل الديوان من قبل . وقد تبين ذلك فى موضعه من البحث(٢) .

٣٨ - إن المصلحة التى أمر الشارع بحفظها ورعايتها إذا تعارض العرف معها فهو عرف فاسد غير معتبر شرعاً .

وكذلك إذا تعارف الناس على ما ألغاه الشارع من المصالح فهو فاسد أيضاً وغير معتبر شرعاً . وذلك أيضاً من باب سد الذرائع .

---

(١) يراجع ما تقدم ص ٣٩٤

(٢) ص ٣٨٧

٣٩ — ما تعارف عليه الناس مما لم يرد فيه نص من الشارع يخالفه أو يعتبره وكان محققاً لمصلحة دافعاً لمفسدة فهو من قبيل المصلحة المرسلة لأن العرف يرجع إليها غالباً .

٤٠ — قاعدة العرف « العادة محكمة » وما تفرع عليها من قواعد فرعية أو ضوابط تندرج تحتها فإنها تبين أنواع العرف وأقسامه .

٤١ — إذا كانت قاعدة « العادة محكمة » هي قاعدة العرف ، فإن العرف قد رد إلى بعض القواعد التي لها صلة به وإن اندرجت تحت قاعدة من القواعد الأساسية التي ذكر الفقهاء : إن الفقه الإسلامي يرد إليها . ونشير إلى ذلك في الآتي — وقد ذكر مفصلا في موضعه :

(أ) « قاعدة الأمور بمقاصدها » ، جاء في معناها قول الفقهاء :

« العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني » .

لأن ما يقصده العاقد هو المحكم في بيان المراد لتبادره إلى الإفهام عند النطق به .

(ب) « قاعدة اليقين لا يزول بالشك » :

تفرع عليها قواعد مثل « لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح » .

ومن شرط العرف ألا يعارضه تصريح بخلافه .

ومثل قاعدة « لا ينسب إلى ساكت قول » ، وقاعدة « السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان » إلا إذا اعتبر السكوت إذناً بالعرف كما تبين في موضعه .

ومثل قاعدة « الأصل فى الكلام الحقيقة » . ولكن إذا ما نقل عرف الاستعمال اللفظ عن المعنى الحقيقى إلى المعنى العرفى فيحكم عرف الاستعمال .

ومثل قاعدة : « إعمال الكلام أولى من إهماله » .

فيؤخذ بما تعارف عليه الناس ويعمل به فى معانيه التى تتبادر عرفاً صوناً لكلامهم عن الإهمال .

(ج) قاعدة « المشقة تجلب التيسير » :

ويرتبط العرف بهذه القاعدة لأن عدم اعتباره وتحكيمه فى الوقائع يسبب للناس الحرج والمشقة وفى اعتباره مادام يحقق مصلحة لا تتعارض مع الشريعة رفعاً للمشقة وجلباً لليسر والتيسير .

(د) قاعدة « الضرر يزال » :

قد يكون فى عدم اعتبار العرف ضرراً بالناس والضرر يجب أن يزال لكن لا بضرر مثله .

(هـ) قاعدة « الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة » .

واعتبار الحاجة والضرورة ليس على إطلاقه ولذا قال الفقهاء : « الضرورة تقدر بقدرها » .

وإذا قالوا : إن الضرورات تبيح المحظورات ، فقد قيدوا ذلك بقولهم : « ما جاز لعذر بطل بزواله » .

فما جاء فى ذلك على سبيل الاستثناء والترخص للعرف والحاجة والضرورة فإنه لا يخرج عن هذه القاعدة وتقدر الضرورة بقدرها إذا كان

هناك ضرورة لاعتبار عرف من الأعراف ، فإنه ينظر فى اعتباره إلى هذه القاعدة ولا يكون معتبراً فى جميع الأحوال .

(و) قاعدة (الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم) — كما يقول جمهور الفقهاء — فما تعارف عليه الناس مما ليس فى إثباته ولا نفيه نص شرعى فهو على أصل الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم إذا كان يحقق المصلحة المقصودة شرعاً وما تعارف عليه الناس مما فيه مفسدة فإنه يكون محظوراً ويجب تركه عملا بقول الحنفية « الأصل فى الأشياء الحظر حتى يدل الدليل على الإباحة » . وبذلك نعمل بقول الجمهور والحنفية فى الحالتين .

٤٢ — قاعدة العرف « العادة محكمة » رجع إليها مسائل كثيرة فى الفقه الإسلامى لا تعد كثرة كما قال الفقهاء . وذلك داخل فى جميع التصرفات التى يقوم بها الإنسان من العقود والإلتزامات فى البيع والإجارة والنكاح ، والأيمان وغير ذلك (مما أشير إليه فى موضعه) .

٤٣ — للعرف أثر فى الفتوى والقضاء لأن الحاكم والمفتى يجب عليهما مراعاة العرف ، واشترط معرفته فيهما .

٤٤ — للعرف أثر فى الدعوى فى القضاء ، فالدعوى التى يشهد العرف أنها يمكن أن تكون حقاً والصدق فيها أغلب لأنها توافق ما تعارف عليه الناس فى معاملاتهم . وعلى القاضى أن يسمع هذه الدعوى من مدعيها .

والدعوى التى لا يقضى العرف بكذبها ولا يشهد أنها تكون حقاً فيحتمل صدقها وعلى القاضى سماعها ومطالبة المدعى بالبينة .

والدعوى التى يكذبها العرف لا تسمع من مدعيها لعدم احتمالها الثبوت

الشهادة لأن من شرط سماع الدعوى أن لا يكذبها ظاهر الحال ، لأنها تكون مستحيلة عقلا وعادة .

٤٥ — لقد اعتبر الفقهاء القرائن العرفية فى الفتوى والقضاء إلا أنها تعتبر من قبيل ظاهر الحال . ودلالة الظواهر غير قطعية ولذلك فهى مرجحات للقاضى حتى يثبت خلافها ؛ ويعتمد عليها فى إثبات الحكم إذا لم يثبت خلافها ويرجح ما تدل عليه .

٤٦ — لما كانت دلالة العرف دون دلالة الشهادة فقد قال الفقهاء : لا يقضى بالعرف بلا يمين ، إلا إذا كانت دلالة العرف دلالة قوية لا تحتمل غير الظاهر منها .

٤٧ — العرف ليس سبباً من أسباب الخلاف بين الفقهاء ، لأن الفقهاء جميعاً اعتبروه فى بناء الأحكام ، فما أعطاه كل فقيه من حكم لمسألة بناء على العرف المقارن لها فى بلده مثلا ثم تغير العرف فحكم فيها بحكم آخر فإن هذا لا يعد خلافاً على الحقيقة لأن كل فقيه مطالب بتحكيم العرف فى الوقائع . وإن أثره يظهر فى اختلاف الفروع بين فقهاء المذهب الواحد والمذاهب المختلفة .

٤٨ — إن مدارك الإمام الشافعى - رضى الله عنه - فى مذهبه الجديد أغلبها مدارك من الحديث والآثار ، ولذلك فإن ما يدعيه البعض من أن الإمام الشافعى — رضى الله عنه — كان للعرف فى مصر أثر فى انتقاله إلى المذهب الجديد ، دعوى لم يقم عليها دليل (والله أعلم) .

* * *

وفى الختام أحمد الله تبارك وتعالى على توفيقه لإخراج هذا البحث بعد جهد شاق ودائب فى المظان التى يمكن أن أجد فيها ما يساعد على السير فيه وبناء هيكله ، ولو كان ما أجده كلمة واحدة ، حتى خرج على هذه الصورة التى عرضتها ما آلوت ولا فترت ، وذلك من فضل الله تعالى .

وأرجو أن أكون قد قاربت الصواب فى ذلك .

والحمد لله الذى هدانا لهذا وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله . وصلى الله وسلم على سيدنا محمد وآله وصحبه ، والمتبعين شريعته والقائمين على رعايتها حتى يقوم الناس لرب العالمين ، وهو نعم المولى ونعم النصير ، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

نعى ورثاء العلامة الشيخ عثمان احمد مريزق

• سبحانك اللهم لا راد لقضائك

ولا معقب لحكمك ، وإنا لله ، وإنا إليه راجعون .

لقد اختار الله سبحانه وتعالى إلى جواره ، وهذا البحث قد أشرف طبعه على نهايته ، أستاذى الكبير والعالم الجليل الذى أكن له كل احترام وتقدير فضيلة الشيخ

عثمان أحمد مريزق

• وقد ذكرت طرفاً من بعض صفاته صفحتى ٥٠٤ وقد كان عند كتابتها وطبعها لا زال حياً يعمل فى نشر العلم بكلية الشريعة بمكة المكرمة .

وقد توفى — رحمه الله تعالى — فى يوم الأحد ١٧ من ذى الحجة عام ١٤٠٠ هـ الموافق ٢٦ من أكتوبر ١٩٨٠ م .

• وقد ولد أستاذى عليه رحمة الله فى اليوم العاشر من شهر فبراير عام ١٩٠٦ م بزاوية البحر بمحافظة البحيرة ، وتلقى تعليمه فى المعاهد الأزهرية ، ودخل كلية الشريعة ، وبعد حصوله على الشهادة العالية ، حصل على العالمية «الدكتوراه» فى الفقه والأصول سنة ١٩٤٣م ، ثم عين مدرساً بكلية الشريعة عام ١٩٤٤ م وتدرج فى وظائف هيئة التدريس بها حتى درجة أستاذ ، وعين رئيساً لقسم أصول الفقه فى عام ١٩٦٥ م ، حتى خرج للمعاش فى ١٩٧١/٧/٣١ .

• وقد سافر إلى مكة المكرمة وبقى بها عدة سنوات استاذاً للدراسات

العليا بكلية الشريعة بها ، وعاد منها بعد أن اعتلت صحته فى آخر شهر يونية عام ١٩٧٩م ، وأول شعبان عام ١٣٩٩هـ ، ولما تحسنت صحته عرضت عليه أن يحضر لإلقاء بعض المحاضرات فى علم أصول الفقه ، على طلبة الدراسات العليا ، واعتذر مرة بعد مرة بأن صحته لا تساعده على ذلك ، وكنت أقول له : يكفى أن تجلس معهم من الوقت قدر طاقتك ، ناصحاً وموجهاً وفى ذلك غناء لهم كعهدنا بك وقد قبل بعد إلحاح عليه مشكوراً .

* وقد رأيت الطلبة الذين حضر للتدريس لهم ، بعد أول لقاء بينه وبينهم ينتظرونه أمام باب الكلية ليصحبوه إلى المدرج مسرورين بمقدمه مع الإجلال والاحترام ، لأنهم وجدوا فيه ما سمعوه عنه ، وعاينوا ما أخبروا به ، علماً وفقهاً ، ودقة وأصالة .

ولما نعى إلينا خبر وفاته كان وقعه أليماً على نفسى وحزنت عليه ، حزناً لم أعرفه إلا يوم وفاة والدى — رحمهما الله .

وقلت : قد مات أستاذى ، العالم التقى النقى الورع الذى أعتز بأستاذيته لى ، وتلقى العلم عليه ، لأنه ، والحق يقال : أعلم من عرفت ، ومن تتلمذت عليهم بعلوم الشريعة الإسلامية وخاصة علم أصول الفقه الذى كان لا ينازعه أحد فى معرفته الدقيقة به جملة وتفصيلا .

* وقد عرفته — رحمه الله تعالى بعد أن التحقت بكلية الشريعة فى العام الدراسى ٥٧ — ١٩٥٨ م حتى تخرجت منها عام ١٩٦١ م ، ثم درس لى بالدراسات العليا ، وأشرف على بحثى للدكتوراه حتى حصلت عليها . عام ١٩٦٩م ، واستمرت المودة بيننا حتى توفاه الله تعالى .

* وقد قربت منه ، وعرفته أكثر من غيرى ، فكان فى حياته ظاهرة

من الظواهر العجيبة ، فقد كان فيه أفضل ما فى الإنسان وخير ما فى العلماء ، متواضع النفس مع ترفعه عن الدنايا ، يقول ما يعتقد ويعتقد ما يقول ، ولم يشغل همه بسفاسف الأمور ، ولا بوضيع المطامع ، يرى أن المرء يكون حيث يضع نفسه إن شاء أغلاها ، وإن شاء أرخصها ، وقد رفع نفسه وأغلاها(١) .

• وكان — رحمه الله تعالى — فرق ذلك نسيج وحده فى نمط تفكيره وأسلوبه وعرضه لدروسه العلمية التى كنا نراها ولا غناء لنا عنها ، ولا يعوضنا عنها عوض ، فكان إذا تحدث عن مسألة علمية فى علم وفقه ، ويعالجها مهما كانت دقتها بأسلوب علمى دقيق يصل به إلى المعنى من أقرب طريق ويحل المشاكل العلمية التى كانت تعترضنا بأبسط عبارة .

وكان غزير المادة العلمية مع صفاء ذوقه ، وذكاء فهمه ، وكنا نرى فى ملامحه — رحمه الله — عنوان الطيبة ، وفى حديثه لهجة الأتقياء ، وفى لفتات ذهنه فهم العلماء — رحمه الله تعالى .

• هذا ، وقد منحه السيد رئيس الجمهورية الرئيس محمد أنور السادات وسام العلوم والفنون من الطبقة الأولى عند افتتاحه المؤتمر الرابع للمركز الدولى الإسلامى للدراســـات والبحوث السكانية فى جامعة الأزهر ، لمناقشة موضوع مشكلات الشباب فى العالم الإسلامى ، وذلك فى يوم الإثنين ٢٤ من جمادى الأولى ١٤٠١هـ الموافق ٣٠ مارس ١٩٨١م ، وتسلمه باسم والده ابنه الفاضل المهذب المهندس « خيرت عثمان » .

وبعد ذلك أقول : إن ما ذكرته هنا ما هو إلا إشارة إلى بعض

(١) انظر ما كتبته عنه ص ٤ ، ٥

مزاياه رأيت من حسن الوفاء لأستاذى وقد انتقل إلى رحمة الله تعالى أن أسجلها مع هذا البحث الذى أشرف عليه حتى خرج إلى الوجود ، إعترافاً بفضله الذى لا أنساه طول عمرى .

والله أسأل أن يكرم نزله ، وينزله منازل الأبرار ، وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه إلى يوم الدين ؟

(أ . د . السيد صالح عوض)

فهرس المراجع

أولا — مراجع التفسير :

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) البحر المحيط	محمد بن يوسف الأندلس (ابن حيان)	السعادة
(٢) الجامع لأحكام القرآن	أبو عبدالله محمد بن أحمد (القرطبي)	دار الكتب
(٣) أحكام القرآن	أبو بكر محمد بن عبد الله (ابن العربي)	الحلبي
(٤) أحكام القرآن	أبو بكر أحمد بن علي الرازي (الجصاص)	الأستانة
(٥) السراج المنير	الخطيب الشربيني	الخيرية
(٦) الكشاف	محمود بن عمر (الزمخشري)	الاستقامة
(٧) تفسير ابن كثير	عماد الدين إسماعيل (ابن كثير)	الحلبي
(٨) جامع البيان وبهامشه تفسير النيسابوري	أبو جعفر محمد بن جرير (الطبري)	الحلبي
(٩) روح المعاني	شهاب الدين محمود (الألوسي)	المنيرية
(١٠) مجمع البيان في تفسير القرآن	أبو علي الفضل بن الحسن (الطبرسي)	دار الحياة «بيروت»
(١١) مفاتيح الغيب وبهامشه تفسير أبي مسعود	محمد فخر الدين (الرازي)	الخيرية
(١٢) لباب التأويل	علي بن محمد البغدادي (الخازن)	

ثانياً — مراجع الحديث :

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام	محمد بن على بن وهب (تقى الدين ابن دقيق العيد	المنيرية
(٢) المسند	الإمام أحمد بن حنبل	دار المعارف
(٣) المنتقى شرح الموطأ	أبو الوليد سليمان بن خلف (الباجى)	السعادة
(٤) النهاية فى غريب الحديث	مجد الدين أبو السعادات (ابن الأثير)	الحلبى
(٥) بدائع المنن فى جمع وترتيب مسند الشافعى والسنن	أحمد عبد الرحمن البنا (الساعاتى)	دار الأنوار
(٦) تيسير الوصول	عبد الرحمن بن على (ابن الديبع)	السلفية
(٧) سبل السلام	محمد بن إسماعيل (الأمير الصنعانى)	صبيح
(٨) شرح صحيح مسلم	محى الدين يحيى بن شرف (النووى)	المصرية
(٩) شرح صحيح البخارى	أحمد بن محمد بن أبى بكر (القسطلانى)	العامرة
(١٠) عمدة القارى شرح صحيح البخارى	بدر الدين محمد بن أحمد (العينى)	
(١١) فتح البارى شرح البخارى	شهاب الدين أحمد بن على (ابن حجر العسقلانى)	الحلبى
(١٢) مجمع الزوائد	على نور الدين (ابن حجر الهيثمى)	
(١٣) نصب الراية	جمال الدين عبد الله يوسف (الزيلعى)	دار المأمون
(١٤) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار	محمد بن على (الشوكانى)	العثمانية

ثالثاً — مراجع أصول الفقه :

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) الرسالة	الإمام محمد بن إدريس (الشافعى)	الحلبى
(٢) أصول السرخسى	محمد بن أبى سهل (السرخسى)	دار الكتاب العربى
(٣) إفاضة الإنوار شرح المنار ومعه حاشية نسمات الأسحار (لابن عابدين)	علاء الدين الحصكفى	الحلبى
(٤) الإبهاج شرح المنهاج	تقى الدين (السبكى) وابنه تاج الدين	مخطوط دار الكتب
(٥) الإحكام فى أصول الأحكام	سيف الدين أبو الحسن (الآمدى)	المعارف
(٦) الإحكام فى أصول الأحكام	أبو محمد على بن أحمد (بن حزم)	السعادة
(٧) الاعتصام	أبو إسحاق (الشاطبى)	الخيرية
(٨) الآيات البينات على شرح المحلى على جمع الجوامع	أحمد بن قاسم العبادى	
(٩) البحر المحيط	بدر الدين محمد (الزركشى)	مخطوط دار الكتب
(١٠) البرهان	عبد الملك بن عبد الله الجوينى (إمام الحرمين)	مخطوط مكتبة الأزهر
(١١) التقرير والتحبير شرح التحرير	محمد بن محمد (ابن أمير حجاج)	الأميرية
(١٢) التلويح على التوضيح	سعد الدين مسعود بن عمر (التفتازانى)	الخيرية
(١٣) التمهيد	جمال الدين بن عبد الرحيم (الأسنوى)	مخطوط دار الكتب

(١٤) العرف والعاده فى رأى الفقهاء	أحمد فهمى (أبو سنة)	الأزهر
(١٥) المحصول	محمد فخر الدين (الرازى)	مخطوط مكتبة الأزهر
(١٦) المرآة شرح المرقاة مع حاشية الأزميرى	منلا خسرو	الاستانة
(١٧) المستصفى	أبو حامد محمد بن محمد (الغزالى)	مصطفى محمد
(١٨) المصلحة فى التشريع الإسلامى	مصطفى زيد	
(١٩) المنخول	أبو حامد محمد بن محمد الغزالى	طبع بيروت
(٢٠) الموافقات	أبو إسحاق الشاطبى	التجارية
(٢١) المنير الزاهر شرح المغنى فى الأصول (للخبازى)	سراج الدين عمر بن إسحاق (الهندى)	مخطوط مكتبة الأزهر
(٢٢) تأسيس النظر ، ومعه رسالة الكرخى فى الأصول التى عليها مدار فروع فقه « الحنفية »	أبو زيد عبدالله بن عمر (الدبوسى)	الأدبية
(٢٣) تحرير المنقول وتهذيب علم الأصول	علاء الدين أبى الحسن على (المرداوى)	مخطوط بدار الكتب
(٢٤) تخريج الفروع على الأصول	شهاب الدين محمود بن أحمد (الزنجانى)	جامعة دمشق
(٢٥) تعليل الأحكام	محمد مصطفى شلبى	الأزهر
(٢٦) تقويم الأدلة	أبو زيد عبدالله بن عمر (الدبوسى)	مخطوط بدار الكتب

٢١) تنقيح الفصول	شهاب الدين أحمد بن إدريس (القرافى)	الخيرية
٢٨) تيسير التحرير	محمد أمين (أمير بادشاه)	الحلبى
٢٩) سلم الوصول لشرح نهاية	محمد بخيت المطيعى	السلفية
٣٠) روضة الناظر	شمس الدين بن أبى الفرج (بن قدامة)	السلفية
(٣١) شرح المحصول	شهاب الدين محمـــد بن محمود (الأصبهانى)	مخطـوط
(٣٢) شرح المنار	عز الدين عبداللطيف (بن ملك)	الأستانة
(٣٣) شرح جمع الجوامع مع حاشية البنان ، وحاشية العطار	جلال الدين المحلى	
(٣٤) شرح مختصر ابن الحاجب مع حاشية السعد	جمال الدين (ابن الحاجب) وعضد الدين (الأيجى) وسعد الدين (التفتازانى)	
(٣٥) شفاء الغليل فى مسالك التعليل	أبو حامد محمد بن محمد (الغزالى)	مخطوط بدار الكتب
(٣٦) فتح الودود شرح ألفية الشنقيطى فى الأصول وبهامشه بلوغ السول شرح منظومة المالكى ابن عاصم ،	محمد بن يحيى بن محمد (المختار)	طبع فاس
(٣٧) فصول البدائع فى أصول الشرائع	شمس الدين محمد حمزة (الفنارى)	الأستانة

(٣٨) فواتح الرحموت شرح مسلم الثبوت	أبو العباس عبد العلى (اللكنوى)	الأميرية
(٣٩) كافى المحتاج شرح المنهاج	سراج الدين أبى حفص عمر بن على (بن الملقن)	مخطوط
(٤٠) كشف الأسرار شرح البزدوى	عبد العزيز البخارى	الأستانة
(٤١) كشف الأسرار شرح المنار	حافظ الدين (النسفى)	السعادة
(٤٢) مشكاة الأنوار شرح المنار	زين العابدين إبراهيم (بن نجيم)	الحلبى
(٤٣) مفتاح الوصول فى ابتناء الفروع على الأصول	أبى عبد الله محمد بن أحمد الشريف التلمسانى	دار الكتاب العربى
(٤٤) منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق	مصطفى بين السيد محمد (الكوز الحصارى)	طبع دمشق
(٤٥) نشر البنود على مراقى السعود وبهامشه الضياء اللامع شرح جمع الجوامع	عبد الله بن إبراهيم (الشنقيطى) أحمد بن عبد الرحمن (ابن حلولو)	طبع فاس طبع فاس
(٤٦) نفائس الأصول شرح المحصول	شهاب الدين أحمد بن إدريس (القرافى)	مخطوط دار الكتب
(٤٧) نهاية السول شرح منهاج الوصول	جمال الدين بن عبد الرحيم (الأسنوى)	صبيح

رابعاً — مراجع الفقه وقواعده :

(أولاً) مراجع الفقه الحنفي :

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) الأشباه والنظائر	زين العابدين إبراهيم (ابن نجيم)	دار الطباعة العامرة
(٢) الأصل «القسم الأول في البيوع»	للامام محمد بن الحسن الشيباني تحقيق وتعليق الدكتور شفيق شحاته	جامعة القاهرة
(٣) البحر الرائق	زين العابدين إبراهيم (بن نجيم)	العلمية
(٤) الجامع الكبير	للامام محمد بن الحسن الشيباني	الاستقامة
(٥) الخراج	أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم	السلفية
(٦) الخراج	يحيى بن آدم بن سليمان القرشي	السلفية
(٧) الدر المختار	علاء الدين الحصكفي	السلفية
(٨) السير الكبير تحقيق الدكتور صلاح الدين المنجد	الإمام محمد بن الحسن الشيباني بشرح محمد بن أبي سهل السرخسي	جامعة القاهرة
(٩) العقود الدرية في تنقيح الفتاوي الحامدية	محمد أمين (ابن عابدين)	الأميرية
(١٠) الفرائد البهية في القواعد والفوائد الفقهية	محمود حمزة	دمشق

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١١) المبسوط	محمد بن سهل (السرخسي)	السعادة
(١٢) المحيط البرهاني، ومختصره الذخيرة البرهانية	برهان الدين محمود بن الصدر الشهيد	مخطوط مكتبة الأزهر
(١٣) المستصفى في الفقه	حافظ الدين (النسفي)	مخطوط دار الكتب
(١٤) بدائع الصنائع	أبو بكر بن مسعود (الكاساني)	العلمية
(١٥) تبيين الحقائق	أبو محمد فخر الدين أبو محجن الزيلعي	بولاق
(١٦) تحفة الفقهاء	علاء الدين السمرقندي وتحقيق الدكتور محمد زكي عبدالبر	جامعة دمشق
(١٧) جامع الفصولين	محمود بن إسرائيل (ابن قاضي سماونة)	بولاق
(١٨) جواهر الكلام ومعين القضاة والحكام	محمد بن محمد (بن القاضي)	مخطوط مكتبة الأزهر
(١٩) خزانة الفتاوى	أحمد بن محمد بن أبي بكر (الحنفي)	مخطوط مكتبة الأزهر
(٢٠) خزانة الفقه	أبو الليث نصر بن محمد (السمرقندي)	مخطوط مكتبة الأزهر
(٢١) دور الحكام	منلا خسرو	المطبعة العامرة
(٢٢) رد المحتار على الدر المختار	محمد أمين (ابن عابدين)	الأميرية
(٢٣) رسائل ابن عابدين	محمد أمين (ابن عابدين)	الأستانة
(٢٤) رمز الحقائق شرح على الكنز	بدر الدين أبو محمد محمود بن أحمد (العيني)	البهية

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(٢٥) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر	محمد أبو السعود بن السيد (الحسينى)	مخطوط
(٢٦) عمدة ذوى البصائر لحل مهمات الأشباه والنظائر	إبراهيم بن حسين (بن بيرى زاده)	مخطوط
(٢٧) غمز عيون البصائر (شرح الأشباه والنظائر)	أحمد بن محمد (الحموى)	الآستانة
(٢٨) فتح القدير ، وبهامشه العناية شرح الهداية للبابرتى	كمال الدين محمد بن الواحد (بن الهمام) وأكمل الدين محمد بن محمود (البابرتى)	مصطفى محمد مصطفى محمد
(٢٩) فتح الله المعين (حاشية على شرح الكنز) لمنلا مسكين	محمود أبو السعود بن على (الحسينى)	مطبعة المويلحى
(٣٠) لسان الحكام فى معرفة الأحكام	أبو الوليد إبراهيم (بن الشحنة)	مطبعة البرهان (اسكندرية)
(٣١) مجمع الأنهر على شرح ملتقى الأبحر	عبد الرحمن محمد (سنجى زاده)	الآستانة
(٣٢) مجموع رسائل الشرنبلالى	أبو البركات حسن بن عمار (الشرنبلالى)	مخطوط بدار الكتب
(٣٣) مجلة الأحكام العدلية ، وشرحها لعلى حيدر (تعريب محمد فهمى الحسينى)	وضع لجنة من علماء الآستانة	الأميرية

إسم المرجع	المؤلف	مطبع
(٣٤) مختصر الطحاوى	أبو جعفر أحمد بن محمد (الطحاوى)	دار الكتاب العربى
(٣٥) مرآة المجلة (شرح مجلة الأحكام العدلية)	يوسف آصاف	
(٣٥) مقدمة توفيق المواد	محمد بن الحسن (الشطى)	دمشق النظامية
(٣٦) معين الحكام	علاء الدين الطرابلسى	بولاق
(٣٧) منية المفتى	يوسف بن أبى سعيد (السجستانى)	مخطوط

ثانياً — مراجع الفقه المالكى :

(١) الإتفاق والأحكام فى شرح تحفة الحكام	محمد بن أحمد الفاسى (ميارة)	الخيرية
(٢) الأحكام فى تمييز الفتاوى من الأحكام	شهاب الدين أحمد بن إدريس	الأنوار
(٣) البهجة شرح تحفة الحكام وبهامشه شرح التحفة (للتودى)	على بن عبد السلام (التسولى)	الخيرية
(٤) التهذيب (مختصر المدونة)	أبى سعيد خلف (البرادعى)	مخطوط
(٥) الذخيرة	شهاب الدين أحمد بن إدريس (القرافى)	مخطوط

إسم المؤلف	المؤلف	طبع
(٦) الشامل فى فروع فقه المالكية	بهرام بن عبد الله (الدميرى)	مخطوط
(٧) الفروق	شهاب الدين أحمد بن إدريس (القرافى)	الحلبى
(٨) المدونة الكبرى	رواية سحنون عن الإمام (مالك)	الأميرية
(٩) المقدمات الممهدات	أبو الوليد محمد بن أحمد (بن رشد الكبير)	السعادة
(١٠) المعيار المغرب والجامع المعرب عن فتاوى علماء أفريقيا والأندلس والمغرب	أحمد بن يحيي محمد (المشهور بالوانشريسى)	طبع فاس
(١١) المعيار الجديد والجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب	أبى عيسى المهدى بن محمد الحسينى «الوزانى»	طبع فاس
(١٢) إيضاح السالك على المشهور من مذهب مالك	الشيخ داود المالكى	مخطوط دار الكتب
(١٣) بداية المجتهد	محمد بن أحمد (بن رشد الحفيد)	صبيح
(١٤) تبصرة الحكام	برهان الدين أبى الوفاء إبراهيم (ابن فرحون)	
(١٥) جنى زهر الآس شرح عمل فاس	عبد الصمد كنون	مصر
(١٦) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير (للدردير)	محمد بن عرفه (الدسوقى)	المطبعة الأزهرية

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١٧) حاشية الصاوى على الشرح الصغير للدردير	أحمد الصاوى	مطبعة حجازى
(١٨) حاشية العدوى على شرح رسالة أبى زيد (القيروانى)	على الصعيدى (العدوى)	الحلبى
(١٩) شرح الحطاب على مختصر خليل، وبهامشه التاج الإكليل لمختصر خليل (للمواق)	أبو عبدالله محمد بن محمد (الحطاب)	السعادة
(٢٠) شرح المختصر الكبير لابن عبد الحكم صاحب (مالك)	أبى بكر محمد بن عبدالله (الأبهرى)	مخطوط بمكتبة الأزهر
(٢١) شرح فصول الأحكام وبيان مامضى به العمل عند الفقهاء والحكام	أبو الوليد سليمان بن خلف (الباجى)	مخطوط دار الكتب
(٢٢) فتاوى الشيخ عليش	محمد عليش	[illegible]ى
(٢٣) فتح البديع الوهاب شرح التفريع لابن الجلاب	محمد بن إبراهيم بن خليل (التتائى)	مخطوط بدار الكتب
(٢٤) فتح الجليل بشرح مختصر خليل	محمد بن عبد الله (الخرشى)	بولاق
(٢٥) فتح الجليل بشرح مختصر خليل وبهامشه حاشية تسهيل فتح الجليل	محمد عليش	الخيرية
(٢٦) نوازل بن هلال	إبراهيم بن هلال	طبع فاس
(٢٧) نوازل العلمى	أبو الحسن على بن عيسى (العلمى)	طبع فاس

ثالثاً – مراجع الفقه الشافعى :

اسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) أسنى المطالب شرح روض الطالب	جمال الدين بن عبد الرحيم (الأسنوى)	الميمنية
(٢) الأحكام السلطانية	أبو الحسن البصرى (الماوردى)	الحلبى
(٣) الأشباه والنظائر	جلال الدين (السيوطى)	الحلبى
(٤) الأم	الإمام محمد بن إدريس (الشافعى)	الأميرية
(٥) الدر المنثور فى ترتيب القواعد الفقهية (قواعد الزركشى)	بدر الدين محمد الزركشى	مخطوط
(٦) الغرر البهية شرح البهجة الوردية	الشيخ زكريا الأنصارى	الميمنية
(٧) الفتاوى الفقهية الكبرى	شهاب الدين أحمد بن محمد (بن حجر الهيثمى)	الميمنية
(٨) المجموع شرح المهذب	محي الدين يحي بن شرف (النووى)	المنيرية
(٩) تحفة المحتاج شرح المنهاج	شهاب الدين أحمد بن محمد (بن حجر الهيثمى)	الميمنية
(١٠) شرح المنهاج مع حاشية شهاب الدين القليوبى والشيخ عميره	جلال الدين المحلى	الحلبى
(١١) فتح العزيز شرح الوجيز (بهامشه المجموع للنووى)	أبو القاسم عبد الكريم بن محمد (الرافعى)	المنيرية

(١٢) قواعد الأحكام فى مصالح الأنام	أبو محمد عز الدين بن عبد السلام	دار الشرق للطباعة
(١٣) مغنى المحتاج شرح المنهاج	الخطيب الشربينى	الحلبى

رابعاً — مراجع الفقه الحنبلى :

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) إعلام الموقعين	محمد بن أبى بكر (بن قيم الجوزية)	التجارية
(٢) الأحكام السلطانية	القاضى أبى يعلى بن الحسين (الفراء)	الحلبى
(٣) الاستخراج لأحكام الخراج	أبو الفرج عبد الرحمن (بن رجب)	مطبعة الشرق
(٤) السياسة الشرعية	أحمد بن عبد الرحيم (بن تيمية)	العلميـة
(٥) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية	محمد بن أبى بكر (بن قيم الجوزية)	
(٦) الفتاوى	أحمد بن عبد الرحيم (بن تيمية)	العلمية
(٧) القواعد الفقهية	أبو الفرج عبد الرحمن (بن رجب)	الخانجى
(٨) القواعد النورانية الفقهية	أحمد بن عبد الرحيم (بن تيمية)	السنة المحمدية
(٩) المغنى وبهامشه الشرح الكبير على متن المقنع	شمس الدين بن أبى الفرج (بن قدامة)	المنـار
(١٠) زاد المعاد	محمد بن أبى بكر (بن قيم الجوزية)	
(١١) كشاف القناع وبهامشه منتهى الإرادات	منصور بن يونس (البهوتى)	السنة المحمدية

خامساً — مراجع المذاهب الأخرى :

إسم المرجع	المذهب والمؤلف	طبع
	مذهب الظاهرية	
(١) المحلى	أبو محمد على بن أحمد (بن حزم)	المنيرية
(٢) مراتب الإجماع	» » » »	القدس
	الشيعة الزيدية	
(١) البحر الزخار	أحمد بن يحيي المرتضى	القاهرة
(٢) الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير	شرف الدين الحسينى	السعادة
(٣) المنتزع المختار	عبد الله بن عبد الفتاح	القاهرة
(٤) مجموع الفقه الكبير	الإمام زيد بن على	ميلانو
	الشيعة الإمامية	
(١) جواهر الكلام فى باب العقود	محمد الحسينى النجفى	فارس
(٢) جواهر الكلمات فى العقود	محمد الحسينى النجفى	مخطوط مكتبة الأزهر
(٣) مفتاح الكرامة	السيد محمد الأمين الحسينى العاملى	القاهرة
	مراجع أخرى	
(١) أحكام الأحوال الشخصية	الشيخ عبد الرحمن تاج	القاهرة
(٢) أحكام الأحوال الشخصية	أحمد إبراهيم	»
(٣) أحكام المعاملات الشرعية	على الخفيف	»
(٤) الأحوال الشخصية (الزواج)	محمد أبو زهرة	مطبعة مخيمر

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(٥) التشريع الجنائي في الإسلام	عبد القادر عودة	دار العروبة
(٦) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي	وحيد الدين سوار	النهضة العربية
(٧) التعزير في الشريعة الإسلامية	عبد العزيز عامر	دار الكتاب العربي
(٨) الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي	محمد أبو زهرة	مطبعة مخيمر الأميرية
(٩) السياسة الشرعية والفقه الإسلامي	عبد الرحمن تاج	
(١٠) العرف في الفقه الإسلامي نشر مجلة الحقوق جامعة إسكندرية	عمر عبد الله	مطابع رمسيس باسكندرية
(١١) المدخل الفقهي العام	مصطفى الزرقا	جامعة دمشق
(١٢) المقارنات التشريعية بين مذهب مالك والقانون الفرنسي	سعيد عبد الله حسين	القاهرة
(١٣) المقارنات والمقابلات	محمد حافظ صبري	الأميرية
(١٤) الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية	محمد أبو زهرة	مطبعة مخيمر
(١٥) تفسير آيات الأحكام	محمد على السايس	صبيح
(١٦) حجة الله البالغة	أحمد بن عبد الرحيم الدهلوى	المنيرية
(١٧) رسائل (ابن تيمية)	أحمد بن عبد الحليم بن تيمية)	
(١٨) فقه القرآن والسنة (القصاص)	محمود شلتوت	القاهرة

اسم المرجع	المؤلف	طبع
(١٩) فلسفة التشريع الإسلامى	صبحى محمصانى	مطبعة الكشاف بيروت
(٢٠) مقارنة المذاهب الأربعة	محمود شلتوت، ومحمد على السايس	القاهرة
(٢١) محاضرات فى أسباب اختلاف الفقهاء	على الخايف	القاهرة
(٢٢) مقاصد الشريعة الإسلامية	للطاهر بن عاشور	ط تونس
(٢٣) مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه	عبد الوهاب خلاف	القاهرة
(٢٤) مصادر الحق فى الفقه الإسلامى . ج ١ ، ٢	عبد الرزاق السنهورى	ج ١ دار مصر للطباعة وج٢ لجنة البيان العربى

التراجم والتاريخ

(أ) تراجم الأئمة والفقهاء :

اسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) ابن حنبل	محمد أبو زهرة	دار الفكر العربى
(٢) أبو حنيفة	» »	» »
(٣) الشافعى	» »	مطبعة مخيمر
(٤) مالك	» »	مطبعة الاعتماد
(٥) الديباج المذهب فى أعيان المذهب (المالكى)	برهان الدين أبو الوفاء إبراهيم (بن فرحون)	
(٦) الفوائد البهية فى تراجم الحنفية	محمد عبد الحى بن عبد الحافظ اللكونى	السعادة

إسم المرجع	المؤلف	طبع
(٧) توالى التأسيس بمعالى محمد ابن إدريس (الشافعى)	شهاب الدين أحمد بن حجر (العسقلانى)	الأميرية
(٨) طبقات الشافعية	تقى الدين السبكى	الحلبى
(٩) مناقب أبى حنيفة (ومعه) مناقب أبى حنيفة (للكردى)	الموفق أحمد المكى	طبع الهند

(ب) تاريخ التشريع الاسلامى والتاريخ العام :

(١) الفكر السامى فى تاريخ التشريع الإسلامى	محمد بن الحسن الحجرى	فاس
(٢) تاريخ بغداد	الخطيب البغدادى	القاهرة
(٣) تاريخ التشريع الإسلامى	السايس والسبكى والبربرى	وادى الملوك
(٤) سيرة ابن هشام	محمد بن عبد الملك بن هشام	القاهرة
(٥) ضحى الإسلام	أحمد أمين	
(٦) فجر الإسلام	» »	
(٧) نظرة عامة فى تاريخ الفقه الإسلامى	على حسن عبد القادر	دار الكتب الحديثة

مراجع القانون

(١) أصول القانون	عبدالرزاق السنهورى، وأبو ستيت	دار التأليف
(٢) أصول القانون	حسن كيرة	» »
(٣) الوسيط شرح القانون المدنى	عبد الرزاق السنهورى	» »
(٤) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى	بعض علماء القانون	» »
(٥) المدخل للقانون	حسن كيرة	القاهرة

المعاجم

اسم المرجع	المؤلف	طبع
(١) أساس البلاغة	أبو القاسم محمود بن عمر الزمخشرى	دار الكتب المصرية
(٢) أقرب الموارد	سعيد الخورى الشرتونى	اليسوعية ببيروت
(٣) القاموس المحيط	مجد الدين محمد بن يعقوب (الفيروز أبادى)	العامرة
(٤) المعجم الوسيط	مجمع اللغة العربية	»
(٥) تاج العروس شرح القاموس	محب الدين محمد مرتضى الزبيدى	دار الكتب المصرية
(٦) تاج اللغة وصحاح العربية	اسماعيل بن حماد (الجوهرى)	دار الكتاب العربى
(٧) لسان العرب	لابن منظور	طبع بيروت
(٨) معجم مقاييس اللغة العربية	أحمد بن فارس زكريا	طبع الحلبى

فهرس

الصفحة	الموضوع
٤	كلمة حول هذا البحث
٧	تمهيد ، وبيان خطة البحث
	مقدمة البحث ، وتشمل :
١٥	(١) بيان حاجة الناس إلى تشريع يحقق مصالحهم
١٩	(٢) وفاء الشريعة الإسلامية بمصالح الناس مع الشمول والمرونة
٢٣	من الأسس العامة للتشريع الإسلامي :
٢٤	(١) اليسر ورفع الحرج
٢٥	(٢) رعاية مصالح الناس جميعاً
٢٦	(٣) تحقيق العدالة
٣١	الصفة الدينية في الفقه الإسلامي
	الباب الأول
٤٣	(١) معنى العرف والعادة في اللغة
	معنى العرف في اللغة
٤٩	معنى العادة في اللغة
٥٠	معنى العرف والعادة عند فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء القانون الوضعي
٥٠	(١) معنى العرف والعادة عند الفقهاء
٥٢	(٢) تعريفنا للعرف
٥٣	الفرق بين المعنى اللغوي والفقهي

الصفحة | الموضوع

٥٣ (٣) العرف عند علماء القانون الوضعى
تعريف العادة عند الفقهاء
٥٧ تعريف العادة عند علماء القانون
٥٨ الفرق بين العرف والعادة عند الفقهاء
٦٤ الفرق بين العرف والعادة عند علماء القانون
٦٥ العرف والتقليد
٦٨ سلطان العرف والعادة فى المجتمع
٧٥ العرف بين الحقيقة والمجاز
٨٠ هل يمكن الجمع بين الحقيقة والمجاز
٨٣ ترك الحقيقة بالعرف
٨٧ تعارض العرف مع الحقيقة

الباب الثانى

فى تقسيم العرف

٩٥ (١) العرف الثابت والمتبدل
عرف شرعى، وعرف غير شرعى
ما هو العرف الشرعى
٩٦ العرف غير الشرعى
أنواع العرف غير الثابت والمتبدل
٩٨ الأحكام الثابتة بالاجتهاد وكانت مبنية على العرف هل تتغير بتغير العرف؟
١١٨ هذا التغيير والتبديل ليس نسخاً
١٢٠ (٢) تقسيم العرف إلى قولى وعملى، وعام وخاص، واستعمالى صحيح أو فاسد

الصفحة	الموضوع
١٢١	العرف القولى
١٢٦	العرف العملى
١٣٦	العرف العام
١٤٠	العرف الخاص ، ومنه العرف الشرعى
١٤٢	العرف الصحيح والفاسد
	الباب الثالث
	فى اعتبار العرف فى التشريع
١٤٨	(١) معنى اعتبار العرف فى التشريع
	إعتبار العرف عند علماء القانون
١٦٦	(٢) أدلة اعتبار العرف فى التشريع . من الكتاب والسنة والإجماع
	أدلة اعتبار العرف من الكتاب الكريم
١٧٦	أدلة اعتبار العرف من السنة
	السنة القولية
١٨٢	السنة التقريرية
١٨٤	الاستدلال على اعتبار العرف بالإجماع
١٨٩	شروط العرف المعتبر فى التشريع
	الشرط الأول : أن يكون مطرداً أو غالباً
١٩٦	الشرط الثانى : أن يكون عاماً ، ونازع فيه بعضهم
٢٠٥	الشرط الثالث : أن لا يكون مخالفاً للنص الشرعى
٢٢٠	رأى علماء القانون فى مخالفة العرف لنصوص التشريع
	الشرط الرابع : أن لا يعارض العرف تصريح بخلاف
٢٢٥	الشرط الخامس : أن يكون العرف قائماً عند إنشاء التصرف
٢٢٨	نتيجة الشروط المتقدمة : أن يصبح العرف ملزماً

الصفحة — الموضـوع

٢٣١-٢٣٤ شروط العرف عند علماء القانون ، وهى خمسة :
(١) أن يكون عاماً (٢) أن يكون قديماً (٣) أن يكون ثابتاً
(٤) أن لا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب
(٥) أن يكون ملزماً

٢٣٥ الباب الرابع
فى مدى اعتبار العرف فى التشريع

٢٣٧ أولا : العرف ومصادر التشريع
٢٤٢ ثانياً : العرف وأقسام التشريع
٢٤٢ (١) تشريع العبادات
٢٤٤ (٢) تشريع المعاملات
٢٥١ (٣) تشريع العقوبات
(أ) عقوبات مقدرة شرعاً
٢٥٣ (ب) العقوبات غير المقدرة التعزير والعرف فيه أثر كبير
٢٥٥ التعزير بالفعل والقول
٢٥٩ التعزير بالمال
٢٦٣ ثالثاً : العرف الذى تحمل عليه الألفاظ :
لفظ المتكلم محمول على عرفه
٢٦٧ معنى التصرف وقاعدة فى ألفاظ التصرفات
٢٦٩ تعريفات الفقهاء للتصرف
٢٦٩ التصرف عند علماء القانون الوضعى
٢٧٣ صيغة التصرف وأقسامها

الصفحة	الموضوع

٠٠٠ القسم الأول : الخبر والإنشاء
٢٨٠ القسم الثانى : الصريح والكناية
٢٨٢ أثر العرف فى التمييز بين الصريح والكناية
القسم الثالث : فى تقسيم صيغة التصرف
٢٩٠ (١) صيغة الماضى
٢٩٨ (٢) صيغة المضارع
٣٠٤ (٣) صيغة الأمر
٣١٢ (٤) صيغة الاستفهام
٣١٤ (٥) صيغة الاستقبال
٣١٥ (٦) الجمل الإسمية
ما يقوم مقام الصيغة اللفظية
٤١٧ (١) الرسالة
٣٢٣ (٢) الإشارة
٣٢٧ (٣) الدلالة « الفعل »
ويدخل تحته آراء العلماء فى البيع بالمعاطا
٣٤٨ رابعاً : العرف وتخصيص العام
٣٤٩ تخصيص عمومات الشريعة بالعرف وآراء الفقهاء فى ذلك
٣٦٣ تخصيص العرف لألفاظ الناس
٣٦٧ خامساً : العرف وتقييد المطلق
سادساً : العرف والإجماع ، ويظهر ذلك فى الآتى :
(١) سبب إيجاب الدية على عاقلة الجانى هو التناصر بينهما عرفاً
٢٧٨ التناصر بين الجمعيات والنقابات يوجب الدية عليها فى العصر الحاضر

الصفحة	الموضوع

٣٨٢ العرف والتسعير
٣٨٥ سابعاً : العرف والقياس
ويدخل تحت ذلك الحديث عن الآتى
٣٧٦ (١) عقد الإجارة
٣٨٩ (٢) عقد السلم
٣٩٤ (٣) عقد الاستصناع
٣٩٨ ثامناً : العرف والاستحسان
٤٠٣ (١) الاستحسان بالعرف الشرعى
٤٠٤ (٢) الاستحسان بالعرف العملى
٤٠٥ (٣) الاستحسان بالعرف القولى
٤٠٦ تاسعاً : العرف والمصلحة
٤٠٧ أقسام المصلحة
٤١٩ عاشراً : العرف والاستصحاب
٤٢٤ الحادى عشر : العرف وسد الذرائع

الباب الخامس

فى العرف وقواعد الفقه

٤٣٤ أولا : تعريف القواعد الفقهية
٤٤٢ ثانياً : كيفية تقعيد القاعدة الفقهية
٤٤٦ ثالثاً : ورود الاستثناء على القواعد الفقهية
٤٤٨ رابعاً : أثر العرف فى قواعد الفقه إجمالا
٤٥١ خامساً : قاعدة العرف « العادة محكمة » وما تفرع عليها من قواعد

الصفحة	الموضوع

٤٥٣ (أ) القواعد التى تعبر عن أقسام العرف
٤٥٥ (ب) القواعد التى تعبر عن العرف العملى
٤٥٦ (ج) القواعد التى تعبر عن شروط اعتبار العرف
٤٥٧ سادساً : القواعد التى يمكن رد العرف إليها ، وما تفرع عليها .
(أ) قاعدة : الأمور بمقاصدها
٤٦٠ (ب) قاعدة : اليقين لا يزول بالشك
٤٦٤ (ج) قاعدة : المشقة تجلب التيسير
٤٦٧ (د) قاعدة : الضرر يزال
٤٦٩ (هـ) قاعدة : الحاجة تنزل منزلة الضرورة
٤٧٣ ويلحق بالقاعدة المتقدمة الأصل فى الأشياء الإباحة وفى المضار التحريم
٤٧٦ سادساً : هل أنشأ العرف قاعدة فقهية ؟
٤٧٩ سابعاً : مجال القاعدة التى أنشأها العرف إجمالا
ثامناً : مجال قاعدة العرف فى أبواب الفقه المختلفة
(١) العقود والتصرفات
(٢) العرف والشروط المقترنة بالعقد
٥٠٣ بعض المسائل المتعلقة بما سبق
٥٠٣ (١) عقود التولية والمرابحة والوضيعة
٥٠٧ (٢) بيع الأصول كالأرض والدور والحوانيت
٥٠٩ (٣) بيع الثمر على الشجر
(٤) مما يتعلق بعقد البيع
٥١٣ أولا : الخيار فى البيع وأنواعه
٥٢١ ثانياً : القول فى ثمن البيع

الصفحة	الموضوع
٥٢٥	ثالثاً : الغبن فى البيع
٥٢٧	رابعاً : أثر العرف فى عقد الزواج وما يتعلق به
	خامساً أثر العرف فى الإيمان
	سادساً : العرف والفتوى والقضاء
	يشترط فى المجتهد والحاكم :
	(١) معرفة العادات الجارية وقت نزول القرآن
	(٢) معرفة العادات الجارية فى زمن الفقهاء
	ذكر بعض الأحكام التى تتعلق بالقضاء مما للعرف أثر فيها
٥٦٥	أولا : ما يتعلق بالدعوى فى القضاء
	تقسيم المالكية للدعوى بالنسبة للعرف إلى ثلاث مراتب :
	المرتبة الأولى : دعوى يشهد لها العرف أن تكون حقاً
	المرتبة الثانية : دعوى يشهد لها العرف أنها لا تشبه الحق
٥٦٦	المرتبة الثالثة : دعوى يقضى العرف بكذبها
٥٧٢	ثانياً : القرائن العرفية والقضاء
٥٧٣	اعتبار الفقه الإسلامى للقرائن
٥٧٥	ثالثاً : القول فى تزكية الشهود
٥٧٩	(١) هل يحكم القاضى بعلمه فى الشهود ؟
٥٨٠	(٢) هل يحكم القاضى بعلمه فى الوقائع مع فساد الزمان وتغيره
٥٨٣	الباب السادس
	العرف واختلاف الفقهاء
	(١) هل كان للعرف أثر فى اختلاف الفقهاء ؟
	كلمة مجملة عن عصور التشريع حتى عصر المذاهب

الصفحة	الموضوع
	أولا : التشريع فى عهد الرسول ﷺ
٥٨٥	ثانياً : عصر الصحابة والتابعين
٥٨٥	ثالثاً : عصر المذاهب المذاهب
٥٨٦	الاجتهاد بالرأى فى هذا العصر
٥٨٩	رأى ابن خلدون ، وأحمد أمين فى أثر العرف فى اختلاف الفقهاء ومناقشتهما .
٥٩٥	(٢) هل كان للعرف أثر فى انتقال الإمام الشافعى للمذهب الجديد كلمة موجزة عن حياة الإمام الشافعى من مولده حتى استقر فى مصر وأثر البلاد التى تنقل فيها فقهه
٦٠٠	رأى أحمد أمين فى تأثير عرف مصر فى فقه الإمام الشافعى والرد عليه
٦١٣	(الخاتمة) نتيجة البحث

رقم الايداع بدار الكتب ٤٢١٠ / ٨١م

المطبعة العالمية ١٦، ١٧ ش ضريح سعد بالقاهرة